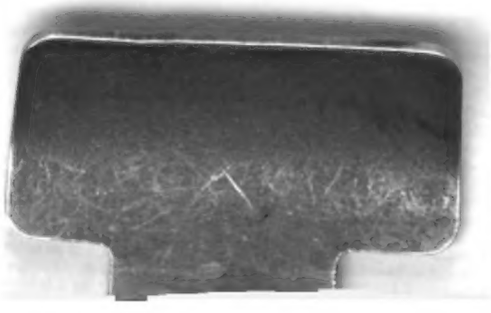
Jur. is. 213e (15



Digitized by Google

<36604339120018

<36604339120018

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Rechtslexikon.

Fünfzehnter Band.

Wohnort — Zwangs- und Bannrechte.

Digitized by Google

Digitized by Google

Rechtslexikon

für

Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

K. k. Reg.-Rath, Prof. Dr. **Arndts** in Wien; Appellationsgerichtspräsident Dr. **Beck** in Leipzig; Adv. **Bopp** in Darmstadt; Reg.-Rath **Buddeus** in Leipzig; Adv. **Gans** in Celle; Geh. Justizrath, Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Geheim. Rath, Ordinarius ꝛc. Dr. **Günther** in Leipzig; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Heimbach** in Jena; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Justizministerialrath Dr. **v. Jagemann** in Karlsruhe; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Luden** in Jena; Reichs- und Staatsrath **v. Maurer** in München; Prof. Dr. **v. Michaelis** in Tübingen; Geheim. Rath, Prof. Dr. **Mittermaier** in Heidelberg; Staatsrath Dr. **Otto** in Dorpat; Oberappellationsrath Dr. **Pfeiffer** in Cassel; Geheim. Obertribunalrath, Prof. Dr. **Puchta** in Berlin; Prof. Dr. **Reyscher** in Stuttgart; Oberconsistorialrath, Prof. Dr. **Richter** in Berlin; Oberstaatsanwalt Dr. **Schwarze** in Dresden; k. k. Appellationsrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Geheim. Rath, Prof. Dr. **v. Wächter** in Leipzig; Etatsrath, Prof. Dr. **Wilda** in Kiel; Geheim. Justizrath Prof. Dr. **Witte** in Halle; Oberjustizrath ꝛc. **v. Zirkler** in Tübingen, und Anderen;

redigirt

von

Dr. Julius Weiske,

Professor in Leipzig.

Fünfzehnter Band.

Wohnort — Zwangs- und Bannrechte.

Leipzig, 1861.

Verlag von Otto Wigand.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

Wohnort[1]) (domicilium). Der Wohnort (Wohnsitz) ist hauptsächlich in zwiefacher Beziehung von rechtlicher Bedeutung, erstens indem durch ihn der Gerichtsstand bestimmt wird, in welchem Jeder regelmäßig in allen seinen rechtlichen Angelegenheiten belangt werden kann, Gerichtsstand des Wohnortes (forum domicilii); zweitens, indem durch den Wohnsitz das besondere territoriale Recht bestimmt wird, welchem jeder Einzelne, als seinem persönlichen Rechte untergeordnet ist. Die Grundlage der Lehre vom Wohnorte und dessen Wirkungen bildet das römische Recht; jedoch ist es im heutigen Rechte modificirt. Es ist daher das römische und heutige Recht zu sondern. — Der Rechtszustand einer Person wird durch das Landgebiet, nicht durch die Abstammung bestimmt[2]). Die thatsächlichen Verhältnisse, wodurch die einzelne Person mit ihrem Rechtszustande an ein bestimmtes Land gebunden wird, sind origo und domicilium, Herkunft und Wohnsitz. Diese Ausdrücke sowohl, als die durch dieselben bezeichneten Rechtsverhältnisse sind uns durch das römische Recht zugekommen, auf dessen Quellen Alle, welche davon Anwendung machen, zurückgehen. Vor Allem ist der mit jenen Ausdrücken von den römischen Juristen verbundene Begriff und der von ihnen den dadurch bezeichneten Rechtsbegriffen beigelegte Einfluß festzustellen, um gegen die auf bloßen Mißverständnissen beruhende heutige Anwendung vermeintlicher römischer Kunstausdrücke und Rechtsbegriffe zu sichern. Dessen bedarf es weniger bei dem Ausdruck domicilium, indem sich hierin der Rechtszustand nicht wesentlich verändert hat, und daher schon die tägliche Anwendung zur Festhaltung der richtigen Auffassung hinreicht; desto mehr aber bei dem Ausdruck origo (Herkunft), nicht weil die Aussprüche des römischen Rechtes über diesen Gegenstand dunkel oder zweideutig sind, sondern weil hierin unser Rechtszustand von dem römischen durchaus abweicht,

---

1) Vgl. besonders Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 8, S. 39—106, dessen Ausführung vorzugsweise benutzt ist.

2) Vgl. Savigny a. a. O. S. 14—39.

Digitized by Google

mithin die Lebenserfahrung allein nicht gegen eine unrichtige Auffassung der Begriffe schützt. Die Neueren haben unter origo häufig den Geburtsort verstanden, obschon sie zum Theil nicht verkennen, daß dies nicht die wahre Bedeutung dieses Ausdruckes in den Quellen des römischen Rechtes sei, die wahre Bedeutung vielmehr dabei angeben [3]). Der bloße Geburtsort an sich aber ist ein sehr zufälliger, juristisch unerheblicher Umstand. Jeder Einzelne steht in den Verhältnissen des öffentlichen Rechtes in einer zweifachen Abhängigkeit oder Verpflichtung; erstens zu dem Staate im Ganzen, welchem er als Bürger und Unterthan angehört; zweitens zu irgend einem engeren örtlichen Kreise (nach römischer Verfassung einer Stadtgemeinde), welcher ein organisches Glied jenes größeren Ganzen bildet. Die Folgen der Abhängigkeit von diesem engeren Kreise bestehen nach römischem Rechte bald in der Verpflichtung zu städtischen Lasten (munera), bald in dem Gehorsam gegen städtische Obrigkeiten, bald in dem städtischen positiven Rechte, welches als das persönliche Recht dieses Einzelnen zu betrachten ist. Der Gehorsam gegen die örtlichen Obrigkeiten zeigt sich in dem Gerichtsstande, welchem jeder Einzelne regelmäßig unterworfen ist, dem forum originis und forum domicilii. Mit diesem Gerichtsstande hängt das örtliche positive Recht als das persönliche Recht jedes Einzelnen zusammen; es wird durch origo oder domicilium bestimmt (lex originis, lex domicilii). Die oben bereits bezeichneten Wirkungen der Abhängigkeit von einer Stadtgemeinde im römischen Rechte, nämlich die Verpflichtung zur Theilnahme an städtischen Lasten (munera), der Gehorsam gegen die städtischen Obrigkeiten, insbesondre der davon abhängende persönliche Gerichtsstand, das auf jeden Einzelnen anwendbare eigenthümliche Recht einer Stadt als Eigenschaft seiner Person, welche für jeden Einzelnen durch origo und domciilium entstehen, werden bald von diesen beiden Verhältnissen neben einander hervorgebracht, so daß sie an zwei verschiedenen Orten zugleich eintreten können, bald von einem derselben allein.

A. Römische Lehre von origo und domicilium [4]).

I. Origo. Nach der römischen Verfassung, wie sie zu Ende des Freistaates und in den ersten Jahrhunderten der Kaiserherrschaft in ihrer vollständigen Ausbildung war, bestand Italien, mit Ausnahme der Stadt Rom aus einer Menge Stadtgemeinden, meistens Municipien und Colonieen, deren jede eine mehr oder weniger selbstständige Ver-

3) Voet, Comm. ad Pand. Lib. V. tit. 1. §. 91.: „Est autem originis locus, in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente.“ Auch bei Glück, Erl. der Pand. Bd. 6, S. 255 flg. kommt unter den richtigen Angaben immer wieder der Geburtsort vor.

4) Für origo und domicilium sind gemeinsame Quellen: Tit. Dig. ad municipalem et de incolis L. 1. und de muneribus et honoribus L. 4. Tit. Cod. de municipibus et originariis X. 39. (38.) und de incolis, et ubi quis domicilium habere videtur, et de his, qui studiorum causa in alia civitate degunt X. 40. (39.)

Digitized by Google

fassung mit eigenen Obrigkeiten, mit Gerichtsbarkeit, sogar mit besonderer Gesetzgebung hatte. Der ganze Boden von Italien, ausgenommen die Stadt Rom und ihr besonderes Gebiet, war in den Gebieten dieser Städte enthalten, und alle einzelne Einwohner Italiens waren Angehörige entweder der Stadt Rom oder einer dieser Stadtgemeinden. Die ursprünglich sehr verschiedenen Verfassungen der Provinzen wurden allmälig immer mehr der Städteverfassung von Italien angenähert, und zur Zeit der classischen Juristen, im zweiten und dritten Jahrhundert nach Christus, war, wie Italien, so der Boden des Reiches überhaupt fast ganz in bestimmten Stadtgebieten enthalten, und die Einwohner des Reiches waren nunmehr Angehörige entweder der Stadt Rom oder irgend einer städtischen Gemeinde. Der gemeinsame Name der Stadtgemeinden war civitates oder respublicae [5]). Das Gebiet jeder Stadt hieß territorium oder regio [6]). Jedes städtische Gebiet und die demselben angehörende Gemeinde umfaßte zugleich die in dessen Grenzen befindlichen vici [7]), sowie die darin einzeln liegenden Höfe. Angehöriger einer Stadtgemeinde wird jeder Einzelne entweder durch das Bürgerrecht der Gemeinde (origo) oder durch den Wohnsitz in dem Stadtgebiete (domicilium). Das Bürgerrecht wird erworben durch Geburt, Adoption, Freilassung, Aufnahme [8]). 1) Geburt (origo, nativitas). Diese von dem freien Willen dessen, welcher dadurch der Stadt angehört, unabhängige Entstehungsart ist die regelmäßigste und häufigste; daher bezeichnet der Name derselben auch das dadurch entstehende Bürgerverhältniß [9]). Gemeint ist damit die Erzeugung in einer rechtsgiltigen Ehe, wenn der Vater selbst das Bürgerrecht hat [10]). Uneheliche Kinder erwarben durch origo das Bürgerrecht in der Vaterstadt der Mutter [11]). 2) Adoption. Sie hebt das angeborene Bürgerrecht nicht auf, sondern der Adoptivsohn hat nunmehr ein doppeltes, auch auf dessen Kinder forterbendes Bürgerverhältniß [12]). Durch Emancipation des Adoptivkindes wird auch das durch Adoption erwor-

---

5) Civitas für Stadtgemeinde kommt vor in L. 3. 8. D. 3. 4. L. 6. §. 1. D. 1. 8. L. 4. C. de iure reipublicae XI. 30. (29.) L. 1. C. de vendendis rebus civitatitis XI. 31. (30.). Respublica in gleichem Sinne in L. 1. §. 1. L. 2. D. 3. 4. L. 1. C. de debit. civit. XI. 33. (32.) Cod. Inst. Lib. XI. Tit. 30—33. (in den Ausgaben Tit. 29—32).

6) Citate bei Savigny a. a. O. S. 45, N. d.

7) L. 30. D. 50. 1.

8) L. 1. pr. D. 50. 1.: „Municipem aut nativitas facit, aut manumissio, aut adoptio." L. 7. C. de incolis X. 40. (39.) „Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio, incolas vero ... domicilium facit."

9) L. 6. pr. §. 1. 3. L. 9. D. 50. 1. L. 15. §. 3. D. eod. (ius originis). In anderen genauer redenden Stellen wird das Rechtsverhältniß (dessen Entstehung nur die origo ist und zwar nicht immer) patria oder civitas genannt. L. 27. pr. L. 30. D. 50. 1.

10) L. 1. §. 2. L. 6. §. 1. D. 50. 1. L. 3. C. de munic. X. 39.

11) L. 1. §. 2. L. 9. D. 50. 1.

12) L. 15. §. 3. L. 17. §. 1. D. 50. 1.

bene Bürgerrecht aufgehoben[13]). 3) Freilassung. Der freigelassene Sclave erwarb durch die Freilassung (wenn solche eine vollgiltige war), das auf seine Kinder forterbende Bürgerrecht in der Vaterstadt des Patrons. Ein mehrfaches Bürgerrecht konnte durch die Freilassung entstehen, wenn der Patron ein mehrfaches Bürgerrecht hatte oder ein mehreren Herren gemeinschaftlicher Sclave von diesen freigelassen wurde[14]). 4) Aufnahme (allectio). Darunter ist die freiwillige Verleihung des Bürgerrechtes von Seiten der städtischen Behörde gemeint. Die Aufhebung des Bürgerrechtes mit seinen Folgen war nicht durch den einseitigen Willen der Personen, welche durch irgend eine der angegebenen Thatsachen in dasselbe eingetreten waren, möglich[15]). Eine Ehefrau trat durch rechtsgiltige Ehe in einer fremden Stadt nicht aus dem angeborenen Bürgerverhältnisse heraus, war aber, so lange die Ehe bestand, von den damit verbundenen persönlichen Lasten (munera) befreit[16]). Eine ähnliche Befreiung von persönlichen Lasten, ohne gänzliche Aufhebung des angeborenen Bürgerrechtes, genoß der zum Senator des römischen Reiches erhobene Stadtbürger und dessen Nachkommenschaft[17]), sowie jeder Soldat während der Dauer seines Dienstverhältnisses[18]). Es konnte nach den aufgestellten Regeln dieselbe Person in mehreren Städten des römischen Reiches gleichzeitig Bürger sein, also die Rechte einer jeden dieser Städte vereinigen, mußte aber auch die Lasten einer jeden tragen[19]). So konnte zu dem angeborenen Bürgerrechte ein späteres durch Adoption oder Aufnahme treten, welche beide neben einander bestanden; ebenso konnte der freigelassene Sclave gleich von Anfang an in ein mehrfaches Bürgerverhältniß durch die Freilassung kommen. Die erwähnten Regale über die Stadtgebiete und das Stadtbürgerrecht hatten zu der angegebenen Zeit nicht weniger Geltung in den Provinzen, als in Italien, obgleich ursprünglich die Städteverfassung in Italien und in den Provinzen sehr verschieden war. Die Stadtgebiete (territoria) waren fast in allen Provinzen[20]) ebenso

---

13) L. 16. D. 50. 1.

14) L. 6. §. 3. L. 7. 22. pr. L. 27. pr. L. 37. §. 1. D. 50. 1. L. 3. §. 3. D. 50. 4. L. 2. C. de munic.

15) L. 6. pr. D. 50. 1. L. 4. 5. C. de munic.

16) L. 37. §. 2. L. 38. §. 3. D. 50. 1. L. 1. C. de muner. X. 63. (62.)

17) L. 22. §. 4. 5. L. 23. pr. D. 50. 1.

18) L. 3. §. 1. L. 4. §. 3. D. 50. 4.

19) Der Satz bei Cic. pro Balbo. cap. II. „Duarum civitatum civis esse nostro iure civili nemo potest" steht damit nicht im Widerspruche, da Cicero von Städten außer dem römischen Staate spricht, welche als selbstständige, souveräne Staaten neben demselben standen. Savigny a. a. O. S. 49, N. t.

20) Mit Ausnahme Aegyptens, dessen Verfassung in jeder Hinsicht durch große Beschränkungen ausgezeichnet war, z. B. dadurch, daß kein Proconsul oder Proprätor, sondern nur ein praefectus Augustalis von geringerem Range an der Spitze der Provinz stand (Dio Cass. 51. 17. 53. 13. Tacit. Hist. I. 11. Dig. lib. I. tit. 17.); daß es daselbst nur Districte (Namen), keine Stadtgemeinden gab; nur in Alexandria gab es ein Bürgerrecht. (Plin. Epist. X. 5. 22. 23.)

Digitized by Google

abgegrenzt, wie in Italien. Nur darin war ein Unterschied, daß in manchen Provinzen, namentlich in Afrika, die Stadtgebiete nicht den ganzen Boden des Landes erschöpften, indem hier manche Privatpersonen, auch der Kaiser, sehr ausgestreckte, zur Weide benutzte Landstrecken (saltus) besaßen, welche für sich bestanden und zu keinem Stadtgebiete gehörten [21]). Die römischen Juristen wenden die oben erwähnten Grundsätze von dem Stadtbürgerrechte, welches durch Geburt, Freilassung u. s. w. entstand, auf Provinzialstädte, ganz ohne Unterschied von den Städten Italiens an [22]); ebenso wenden sie dieses Recht auf die städtischen Lasten, sowie auf die einzelnen Befreiungen von diesen Lasten (vacatio und immunitas) auf die Provinzialstädte, ohne Unterschied von den Städten Italiens an [23]). Für das Verständniß der römischen Rechtsquellen ist noch die Bedeutung der Ausdrücke municeps und municipium wichtig. So zweifelhaft die ursprüngliche Bedeutung dieser Ausdrücke nicht blos in neueren Zeiten, sondern auch schon bei den Römern selbst war, so hat sich doch später der Sprachgebrauch unzweifelhaft festgestellt, dahin, daß seit der Lex Iulia über das allgemeine Bürgerrecht von Italien municipium regelmäßig die eine Hauptklasse der Städte Italiens, nämlich der Städte, welche nicht von Rom aus als Gemeinden zuerst begründet worden waren, bezeichnete, im Gegensatze der anderen Hauptklasse, der coloniae [24]). Der auch in den Provinzen nicht seltene Name municipium wurde aber auf die Provinzen allgemein übertragen, zu der Zeit, als die Civität dem ganzen Reiche, mithin allen Städten mitgetheilt wurde. Zur Bezeichnung einer Stadt-

---

21) Aggen. Urbicus de controv. agror. p. 84. 85. ed. Lachmann.

22) L. 1. §. 2. L. 37. pr. D. 50. 1. L. 7. §. 10. D. 48. 22. L. 2. C. de municip.

23) L. 8. pr. L. 10. §. 1. D. 50. 5. L. 5. §. 1. D. 50. 6. Eine Stelle Ulpian's scheint damit im Widerspruche zu stehen und zu beweisen, daß in den Provinzen überhaupt kein ius originis, sondern nur blos das domicilium berücksichtigt worden sei. In L. 190. D. 50. 16. heißt es: „Provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos, qui in provincia oriundi sunt." Es ist dies eine aus dem Zusammenhange gerissene Stelle, welche, wie so viele andere Digestenstellen, dadurch einen falschen Schein von Allgemeinheit erhalten hat, während sie ursprünglich nur eine ganz einzelne Anwendung enthielt, deren sichere Ermittelung nur jetzt nicht möglich ist. Vgl. über diese Stelle Gundlingiana St. 31, N. 2, S. 34—43. Conradi, Parerga p. 488—506. Savigny a. a. O. S. 52, N. e. Bei dem Eheverbote zwischen dem römischen Provinzialbeamten und den Provinzialinnen heißt es in L. 38. pr. D. 23. 2. gerade umgekehrt: „inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest." Manche wollen freilich das vel durch id est erklären, was aber ganz willkürlich ist, da das vel als im disjunctiven Sinne gebraucht, durch die Basiliken (lib. 28. tit. 4. cap. 29.) bestätigt wird, wo es heißt: „Ὁ ἐν ἐπαρχίᾳ χειρίζων ὀφφίκιον οὐ δύναται γαμεῖν τὴν ἐν αὐτῇ γεννηθεῖσαν ἢ τὴν οἴκησιν ἔχουσαν ἐκεῖ."

24) So zählt die lex Iulia municipalis (tabula Heracleensis) wiederholt die Stadtgemeinden in Italien regelmäßig so auf: municipium, colonia, praefectura, forum, conciliabulum (Haubold, Monumenta legalia, N. XVI.). Fast ebenso die lex Rubria (ibid. N. XXI.)

Digitized by Google

gemeinde überhaupt ohne Unterschied zwischen Municipien und Kolonieen, zwischen Italien und den Provinzen, brauchte man regelmäßig die Ausdrücke respublica und civitas. Mit dem Ausdrucke municeps bezeichnen aber die römischen Juristen überhaupt jeden Stadtbürger, ohne Rücksicht auf die oben erwähnten Unterschiede [25]). Diese verschiedenartige Ausdehnung beider an sich verwandten Ausdrücke hat folgenden Grund. Hätte man etwa nur die Stadtbürger in den eigentlichen Municipien municipes nennen wollen, so hätte man die Stadtbürger überhaupt kaum anders als cives nennen können, sowie wirklich jede Stadtgemeinde ohne Unterschied unter civitas verstanden wurde. Allein der Ausdruck civis hatte in der Eintheilung in cives, Latini und peregrini eine für die römischen Juristen zu wichtige und unentbehrliche Stellung, als daß er noch zu einem anderen Zwecke, nämlich zur Bezeichnung der Stadtbürger überhaupt, hätte gebraucht werden können, welches zu manchen Zweifeln Veranlassung gegeben haben würde. — Durch die Ausdehnung der römischen Civität, erstens durch die lex Iulia auf ganz Italien, dann durch eine Verordnung von Caracalla [26]) auf alle Provinzen erhielt die auf das Bürgerrecht gegründete Angehörigkeit an eine Stadtgemeinde eine sehr eigenthümliche Ausdehnung. Denn da die römische Civität ursprünglich das Bürgerrecht der Stadt Rom war, so stand nunmehr fast allen Stadtbürgern in Italien und in den Provinzen, welche ohnehin nach dem früher Bemerkten schon ein mehrfaches Bürgerrecht zufällig haben konnten, mindestens ein zweifaches Bürgerrecht zu, das ihrer eigenen Stadt und das der Stadt Rom. Diese doppelte patria wird dann auch in ganz verschiedenen Zeiten ausdrücklich anerkannt [27]). Dieses Verhältniß war aber nicht so wichtig, als es auf den ersten Blick erscheint. Bei dem Stadtbürgerrecht von Rom kamen die in anderen Städten wichtigen Lasten und Verpflichtungen (munera) deshalb wenig in Betracht, weil für diese Zwecke in Rom meistens auf andere Weise gesorgt war. Der auf das Stadtbürgerrecht gegründete Gerichtsstand (forum originis) bestand allerdings auch für die Bürger anderer Städte, jedoch unter großen Beschränkungen, indem er nur galt, wenn diese Bürger sich zufällig in Rom aufhielten, und auch dann nur mit zahlreichen Ausnahmen, welche

---

25) L. 1. §. 1. D. 50. 1. „Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitatem, ut munera nobiscum facerent: sed nunc abusive municipes dicimus suae cuiusque civitatis cives, ut puta Campanos, Puteolanos." In §. 2 wird derselbe Sprachgebrauch auf Ilium und Delphi angewendet. Ebenso in L. 23. pr. D. 50. 1.

26) Vgl. L. 17. D. 1. 5.

27) Cic. de legib. II. 12.: „omnibus municipibus duas esse censeo patrias, unam naturae, alteram civitatis ... habuit alteram loci patriam, alteram iuris." L. 33. D. 50. 1. (Modestinus): „Roma communis nostra patria est." Der Ausspruch eines jeden von Beiden entspricht dem Rechte seiner Zeit; Cicero spricht nur von Stadtbürgern aus Italien (municipes); Modestinus spricht ganz allgemein (nostra).

Digitized by Google

insgesammt mit dem gemeinsamen Namen des ius revocandi domum bezeichnet werden [28]).

II. Domicilium [29]). Der zweite Grund, wodurch der Einzelne Angehöriger einer Stadtgemeinde werden konnte, war der Wohnsitz, Wohnort (domicilium) [30]). Als Wohnsitz eines Menschen ist derjenige Ort anzusehen, welchen derselbe zum bleibenden Aufenthalte und dadurch zugleich zum Mittelpunkt seiner Rechtsverhältnisse und Geschäfte frei gewählt hat [31]). Mit dem bleibenden Aufenthalte ist ebensowohl eine vorübergehende Abwesenheit vereinbar, als eine künftige Veränderung desselben zulässig ist, deren Vorbehalt vielmehr sich von selbst versteht; der bleibende Aufenthalt will nur soviel sagen, daß nicht schon jetzt die Absicht auf vorübergehende Dauer vorhanden sein darf. Durch das domicilium, sowie durch die origo wurde die Angehörigkeit an eine bestimmte Stadtgemeinde begründet; das domicilium bezog sich also immer auf ein bestimmtes Stadtgebiet [32]), und begriff daher nicht nur die Bewohner der eigentlichen Stadt selbst, sondern auch die Bewohner der zu diesem Gebiete gehörigen Dörfer und einzelner Höfe (coloniae) [33]). Die Personen, welche durch domicilium Angehörige einer Stadtgemeinde geworden waren, werden regelmäßig durch die Benen-

---

28) L. 28. §. 4. D. 4. 6. L. 2. §. 3—6. L. 24—28. D. 5. 1.

29) Ueber die Quellen s. Note 4. Ueber die Literatur vergl. Savigny a. a. O. S. 57, 58, dessen Ausführung selbst die wichtigste ist. Von den Aelteren vgl. Lauterbach, de domicilio 1663. (Diss. Vol. II. N. 72.) Glück, Erl. der Pand. Bd. 6, S. 264—294.

30) Savigny a. a. O. S. 58, N. a hält den Ausdruck Wohnsitz für bezeichnender und deshalb für besser als Wohnort. Eine verschiedene Bedeutung beider Ausdrücke (für welche Linde, Civilproc. §. 88, N. 1 ist) läßt sich nicht annehmen.

31) L. 7. C. de incolis X. 40. (39.): „... incolos vero ... domicilium facit. Et in eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit." L. 203. D. 50. 16.: „Sed de ea re constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suorumque rerum constitutionem fecisset." Wir nehmen zugleich mit auf den heutigen Rechtszustand Rücksicht, da im heutigen Rechte das domicilium in der Hauptsache denselben Standpunkt einnimmt, wie im römischen Rechte.

32) L. 3. 5. 6. C. de incolis.

33) L. 239. §. 2. D. 50. 16.: „... Nec tantum hi, qui in oppido morantur, incolae sunt, sed etiam qui alicuius oppidi finibus ita agrum habent, ut in eum se, quasi in aliquam sedem, recipiant." Im scheinbaren Widerspruche damit stehen L. 27. §. 1. L. 35. D. 50. 1., wonach dem Bewohner einer colonia das domicilium einer Stadt nur dann zustehen soll, wenn er durch überwiegenden Aufenthalt in der Stadt auch die Vortheile und Annehmlichkeiten derselben genießt. Diese Beschränkung bezieht sich aber eigentlich nicht auf das domicilium an sich, sondern nur auf eine einzelne Wirkung desselben, die Theilnahme an gewissen Arten von städtischen Lasten. Denn ohne Zweifel hatten die Bewohner der coloniae ihren Gerichtsstand vor den städtischen Obrigkeiten (forum domicilii). Savigny a. a. O. S. 59, N. d.

Digitized by Google

nung incolae bezeichnet [34]). Die zwei verschiedenen Gründe aber, durch welche eine solche Angehörigkeit begründet werden konnte (Bürgerrecht und Wohnsitz), werden durch folgende gegensätzliche Ausdrücke unterschieden: municipes und incolae [35]); origo und domicilium [36]); ius originis und ius incolatus [37]); patria und domus [38]). Ist der Aufenthalt nicht mit der gegenwärtigen Absicht, daß er ein bleibender, immerwährender sein solle, verbunden, so begründet derselbe keinen Wohnsitz, auch nicht bei zufällig längerer Dauer desselben. So begründet z. B. der Anfenthalt der Studirenden an einer Bildungsanstalt keinen Wohnsitz; erst nach einer mindestens zehnjährigen Dauer sollte derselbe nach einer Verordnung von Hadrian als bleibend, mithin als Wohnsitz angesehen werden [39]). Der Grundbesitz, welchen Jemand in einem Stadtgebiete hat, ist zum Wohnsitze nicht erforderlich, für sich allein aber dazu auch nicht hinreichend [40]). — Die Begründung des Wohnsitzes mit seinen rechtlichen Wirkungen geschieht durch den freien Willen und die mit demselben übereinstimmende That, mithin nicht durch bloße Willenserklärung ohne That [41]). Der Wille wird dabei so sehr als frei gedacht, daß Beschränkungen dieser Freiheit durch privatrechtliche Verfügungen, z. B. durch die einem Vermächtnisse beigefügte Bedingung eines bestimmten Aufenthaltes unzulässig sind, indem eine solche Bedingung in der Regel als nicht beigefügt anzusehen ist [42]). Dagegen ist durch das öffentliche Recht diese Freiheit in mancher Weise beschränkt. So hat jeder im öffentlichen Dienste Stehende, z. B. jeder Soldat einen nothwendigen Wohnsitz am Orte des Dienstes [43]), der Verbannte am Orte der Verbannung [44]). Umgekehrt kann durch

34) L. 5. 20. D. 50. 1. L. 239. §. 2. D. 50. 16. L. 7. C. de incolis.

35) L. 6. §. 5. D. 50. 1. Ueber den Ausdruck municipes siehe oben unter I, über incolae siehe vorige Note. Paulus nennt in L. 22. §. 2. D. 50. 1. auch bloße Einwohner municipes (anstatt incolae), womit er nur sagen will, daß auch sie die städtischen munera zu tragen haben.

36) L. 7. §. 10. D. 48. 22. L. 6. §. 3. L. 22. §. 2. D. 50. 1.

37) L. 15. §. 3. D. 50. 1. L. 5. C. de incolis.

38) L. 203. D. 50. 16.

39) L. 5. §. 5. D. 47. 10. L. 2. 3. C. de incolis.

40) L. 17. §. 13. L. 22. §. 7. D. 50. 1. L. 4. C. de incolis. Davon machten manche Städte eine Ausnahme, in welchen vermöge eines ihnen verliehenen Privilegiums der bloße Grundbesitz, ohne Wohnsitz, zur Uebernahme persönlicher munera verpflichtete. L. 17. §. 5. D. 50. 1.

41) L. 20. D. 50. 1.: „Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera, ut incolas vocari."

42) L. 31. D. 50. 1., besonders aber L. 71. §. 2. D. 35. 1.: „Titio centum relicta sunt ita, ut a monumento meo non recedat, vel ut in illa civitate domicilium habeat: potest dici, non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur." Nur seinem Freigelassenen konnte der Freilasser eine solche Bedingung rechtsverbindlich auferlegen. L. 18. §. 5. D. 34. 1. L. 52. D. 40. 4.

43) L. 23. §. 1. D. 50. 1.

44) L. 22. §. 3. D. 50. 1.: „Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet."

Digitized by Google

Strafe ein bestimmter Aufenthalt untersagt werden[45]). Außerdem ist die Begründung des Wohnsitzes durch die Beziehung, in welcher eine Person zu einer anderen Person und deren Wohnsitze stand, möglich, was Savigny einen relativen Wohnsitz nennt, und zwar in folgenden Fällen: 1) Ehefrauen haben ihren Wohnsitz allgemein und nothwendig gemeinschaftlich mit dem des Ehemannes[46]) und selbst eine Bestimmung des Ehevertrages, wodurch sich die Ehefrau einen anderen Wohnsitz vorbehalten, auch wirklich einen solchen getrennt von dem des Ehemannes erwählt hat, kann daran nichts ändern[47]). Dieser Wohnsitz dauert auch für die Wittwe fort, so lange sie sich nicht wieder verehelicht oder auf andere Weise ihren Wohnsitz, wie ihr freisteht, verändert[48]). 2) Eheliche Kinder haben von ihrer Geburt an ohne Zweifel denselben Wohnsitz, wie der Vater, sie können aber später einen anderen Wohnsitz frei erwählen, wodurch jener ursprüngliche aufhört[49]). Uneheliche Kinder haben den Wohnsitz ihrer Mutter. 3) Freigelassene hatten ursprünglich denselben Wohnsitz, wie der Patron[50]); sie konnten ihn aber später nach Willkür verändern[51]). 4) Dasselbe gilt heutzutage von den Dienstboten, von den auf einem bestimmten Landgute bleibend arbeitenden Tagelöhnern und von den bei einem bestimmten Handwerksmeister arbeitenden Gesellen. — Die Aufhebung eines bisher vorhandenen Wohnsitzes geschieht, ebenso wie die Begründung, durch den freien Willen des bisherigen Einwohners. Diese Aufhebung fällt gewöhnlich, wenngleich nicht allgemein und nothwendig, mit der Begründung eines neuen Wohnsitzes zusammen, und die Quellen des römischen Rechtes bezeichnen daher die Aufhebung als Uebertragung[52]). Der Wohnsitz, als selbstständiger Grund der Angehörigkeit an eine bestimmte Stadtgemeinde kann auch gleichzeitig in Bezug auf mehrere Städte vorhanden sein, wenn Jemand mehrere Orte gleichmäßig als Hauptpunkte seiner Verhältnisse und Geschäfte behandelt und unter sie,

---

45) L. 31. D. 50. 1. L. 7. §. 10. D. 48. 22. Wenn es in L. 27. §. 3. D. 50. 1. heißt: „Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, unde arcetur", so bedeutet dies wohl nur, daß ihn die Strafe von der Theilnahme an den bisherigen Lasten seines früheren Wohnsitzes nicht befreien soll.

46) L. 5. D. 23. 2. L. 65. D. 5. 1. L. 38. §. 3. D. 50. 1. L. 9. C. de incolis. L. 13. C. XII. 1. Dieser Wohnsitz heißt in L. 5. D. 23. 2. domicilium matrimonii. Durch eine ungiltige Ehe wird er ebensowenig begründet, wie durch den bloßen Brautstand. L. 37. §. 2. L. 32. D. 50. 1.

47) Glück, Erl. der Pand. Bd. 6, S. 267 und N. 21.

48) L. 22. §. 1. D. 50. 1.

49) L. 3. 4. 6. §. 1. L. 17. §. 11. D. 50. 1. Vgl. Glück a. a. O. S. 268. Ebenso folgen sie dem Vater, wenn dieser nach ihrer Geburt einen neuen Wohnsitz begründet, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind.

50) L. 6. §. 3. L. 22. pr. D. 50. 1.

51) L. 22. §. 2. L. 27. pr. L. 37. §. 1. D. 50. 1.

52) L. 20. D. 50. 1. Vgl. Note 41. L. 1. C. de incolis. Diese Veränderung wird durch den Ausdruck domicilii ratio temporaria bezeichnet. L. 17. §. 11. D. 50. 1.

Digitized by Google

je nach seinen wirklichen Aufenthalt vertheilt. Zwar wurde von manchen römischen Juristen diese Möglichkeit bezweifelt[53]; zuletzt aber wurde sie doch anerkannt[54]. Mit Rücksicht auf jene Fälle, wo Jemand aus Gründen des öffentlichen Rechtes einen bestimmten Wohnsitz hat, oder den Wohnsitz einer anderen Person wegen Beziehung zu derselben als den seinigen anerkennen muß, unterscheiden die Neueren einen freiwilligen und nothwendigen Wohnsitz (domicilium voluntarium und necessarium)[55]. Was die zur Begründung eines freiwilligen Wohnsitzes erforderliche Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, anlangt, so kann solche sowohl ausdrücklich, als stillschweigend, durch Handlungen zu erkennen gegeben werden[56]. Ersteres geschieht, wenn Jemand an dem Orte, wo er wohnt, sich unter die Zahl der Bürger hat aufnehmen lassen und heutzutage, gleich anderen Unterthanen, den Huldigungseid geleistet hat. Stillschweigend, durch die That wird die Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, kund gegeben: 1) wenn Jemand sich an einem Orte niederläßt, daselbst Handel und Gewerbe zu treiben anfängt, auch alles dasjenige thut, wozu andere Einwohner des Ortes berechtigt oder verpflichtet sind[57]; 2) wenn Jemand seine Sachen, welche er an seinem bisherigen Wohnsitze besessen hatte, verkauft, und sich mit Familie in einen anderen Ort begiebt und daselbst einen neuen Haushalt einrichtet[58]; 3) wenn Jemand den größten Theil seines Vermögens an einen Ort hingebracht hat und daselbst zu wohnen anfängt, ohne daß eine andere Ursache bekannt ist, weshalb er sich etwa nur eine Zeitlang aufhalten wolle[59]; 4) wenn Jemand an einem gewissen Orte ein Amt übernimmt, welches seine beständige Gegenwart daselbst erfordert. Aus dem bloßen Aufenthalte an einem Orte, wenngleich von längerer Dauer, folgt nicht die Aufschlagung eines beständigen Wohnsitzes daselbst. Auch die bloße Uebernahme eines Pachtes an einem anderen Orte, wenngleich derselbe auf mehrere Jahre geschlossen und mit dem persönlichen Aufenthalte auf dem gepachteten Gute verbunden wäre, begründet keinen beständigen Wohnsitz. Da die Wahl eines Wohnsitzes auf dem freien Willen eines Jeden beruht, so ist auch die Veränderung des bisherigen Wohnsitzes in der Regel willkürlich zulässig. Vorausgesetzt wird jedoch, 1) daß derjenige, welcher einen neuen Wohnsitz aufschlagen will, die Fähigkeit habe, den dazu erforderlichen

---

53) So von Labeo wie Paulus in L. 5. D. 50. 1. erzählt.

54) So von Paulus und Ulpian. Vgl. L. 5. L. 6. §. 2. L. 27. §. 2. D. 50. 1. Cap. 2. pr. in VI. (III. 12.)

55) Der Ausdruck domicilium necessarium kommt bei Relegirten vor. L. 22. §. 3. D. 50. 1. Vgl. Note 44.

56) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 6, S. 271 flg.

57) L. 27. §. 1. D. 50. 1.

58) L. 203. D. 50. 16.

59) L. 2. C. III. 24.

Digitized by Google

Willen zu erklären. Daher können Kinder unter 7 Jahren, Rasende und Wahnsinnige, wenn sie nicht lichte Zwischenräume haben, keinen Wohnsitz begründen; sondern erstere behalten, je nachdem sie ehelich oder unehelich sind, den Wohnsitz ihres Vaters oder ihrer Mutter, letztere hingegen den Wohnsitz, welchen sie vor ihrer Geisteskrankheit begründet hatten. Unmündige und Minderjährige können nicht ohne Einwilligung ihrer Vormünder und der Obrigkeit, sowie Kinder, welche noch unter väterlicher Gewalt sind, nicht ohne Einwilligung ihres Vaters ihren Wohnsitz verändern, außer wenn sie, wie es heutzutage Rechtens ist, in dem Alter und Zustande sind, daß sie sich von dem väterlichen Hause trennen und eine eigene Haushaltung errichten können. 2) Die Veränderung des Wohnsitzes darf nicht in der Absicht geschehen, um dadurch die Rechte eines Anderen zu beeinträchtigen oder sich dadurch gewissen Pflichten ungebührlicher Weise zu entziehen. Daher darf a) eine Ehefrau, welche mit ihrem Ehemanne in einer rechtsgiltigen noch bestehenden Ehe lebt[60]), ihren Wohnsitz nicht willkürlich ändern, sondern sie muß vielmehr ihrem Manne dahin folgen, wo dieser seinen Wohnsitz aufschlägt, wenngleich in dem Ehevertrage bestimmt worden wäre, daß der Mann wider den Willen der Frau seinen Wohnsitz nicht ändern solle. Ein solcher Vertrag kann den Ehemann nicht binden, wenn er ein neues Amt erhält, vermöge dessen er seinen bisherigen Wohnsitz ändern muß, oder wenn andere Ursachen ihn zur Veränderung seines bisherigen Wohnsitzes bestimmen. Streitiger ist die Frage, ob die Frau auch dann dem Manne folgen müsse, wenn dieser wegen eines begangenen Verbrechens seinen bisherigen Wohnort zur Strafe verlassen muß. Es wird dies zwar von Manchen wirklich bejaht[61]), deshalb, weil Ehegatten Glück und Unglück mit einander theilen müssen[62]), außerdem die Ehe eine individua vitae consuetudo sei, deren Band durch die Relegation des Ehemannes nicht aufgelöst werde[63]). Allein die entgegengesetzte Meinung ist die richtigere, wenn eine solche Veränderung des Wohnsitzes für die Frau zum offenbaren Nachtheil und Ruin ihres Hauswesens gereichen würde[64]). Denn es

60) Nach getrennter Ehe kann zwar die Frau ihren Wohnsitz nach Gefallen ändern (L. 22. §. 1. D. 50. 1.); ist ihr aber von dem verstorbenen Ehemanne ein Vermächtniß unter der Bedingung hinterlassen worden, wenn sie nicht wieder heurathen oder so lange sie sich an dem Wohnorte ihres verstorbenen Ehemannes mit ihren Kindern aufhalten und solche bei sich behalten wird, so verliert sie ihr Vermächtniß, wenn sie durch Wiederverehelichung oder durch Trennung von ihren Kindern ihren Wohnsitz verändert. L. 30. §. 5. D. 32. Nov. 22. cap. 44.

61) Carpzov, Iurisprud. constit. Lib. II. def. 203. nr. 12. und Iurisprud. for. P. IV. const. 47. def. 7. Voet, Comm. ad Pand. Lib. V. tit. 1. §. 101. Dabelow, Grundsf. des allgem. Eherechtes der teutschen Christen §. 168.

62) L. 22. §. 7. D. 24. 3.

63) L. 24. C. V. 16. L. 1. C. V. 17. Nov. 22. cap. 13.

64) Glück a. a. O. S. 280 flg., welcher mehrere Schriftsteller dafür in Note 69 anführt.

Digitized by Google

läßt sich mit Grund nicht behaupten, daß dies ein Unglücksfall von der Art sei, welchen die Frau mitzutragen verbunden ist, wenn der Mann wegen eines begangenen Verbrechens des Landes verwiesen wird. Ebenso kann die individua vitae consuetudo nicht in Betracht kommen, wenn dadurch die an dem Verbrechen des Mannes nicht Theil nehmende Frau mitgestraft werden würde, da ganz allgemein der Grundsatz gesetzlich ausgesprochen ist, daß Niemand wegen des Verbrechens eines Anderen leiden soll [65]). Wenn dagegen eingewendet wird [66]), daß das, was Folge der ehelichen Verbindung ist, keine Strafe sei, so erscheint dieser Einwand unerheblich, indem daraus folgen würde, daß, wenn der Mann wegen eines begangenen Verbrechens in eine Strafanstalt gebracht worden ist, die Frau ihm in derselben Gesellschaft leisten müßte, bis wohin sich das consortium omnis vitae, welches das Wesen der ehelichen Verbindung ausmacht [67]), nicht ausdehnen läßt, um so weniger, als ganz allgemein ausgesprochen ist, ne alieni criminis infortunio adstringatur uxor [68]). Ferner dürfen nach heutigem Rechte b) Leibeigene ihren Wohnsitz ohne Einwilligung des Leibherrn nicht verändern. c) Diejenigen, welche in öffentlichen Aemtern bisher gestanden haben, dürfen ohne erhaltenen Abschied sich nicht entfernen, sowie diejenigen, welche bisher gewisse Rechnungen geführt oder andere Geschäfte verwaltet haben, zuvor gehörig Rechnung ablegen müssen, ehe sie ihren Aufenthalt verändern [69]). d) Die Auswanderungsfreiheit anderer Unterthanen, welche nicht in einer solchen Verbindung stehen, war früher vor der teutschen Bundesacte auf mannichfache Weise durch die Landesgesetze beschränkt; namentlich waren Unterthanen, welche mit ihrem Vermögen aus dem Lande ziehen wollten, zur Anzeige ihres Vorhabens bei der Landesobrigkeit und zur Entrichtung der dem Staate oder den in dieser Hinsicht in vielen teutschen Ländern mit fiscalischen Rechten versehenen Patrimonialgerichtsobrigkeiten zukommenden Nachsteuer oder des Abzugsgeldes (gabella emigrationis) verbunden. Nur der Religion wegen gestatteten die teutschen Reichsgesetze allen Unterthanen eine unbeschränkte Auswanderungsfreiheit [70]), so daß sogar Leibeigene von ihren

---

65) L. 22. C. IX. 47.

66) Lauterbach, Coll. th. pr. Pand. Lib. XXIII. tit. 2. §. 90.

67) L. 1. D. 23. 2.

68) L. 24. C. V. 16.

69) Quistorp, Beiträge S. 335 flg.

70) Zuerst geschah dieses hinsichtlich der Katholiken in dem Reichsabschiede von 1530 §. 60; später wurde es in dem Religionsfrieden von 1555 §. 24 zwar auch auf die Evangelischen ausgedehnt, jedoch so, daß die besonderen Rechte und Gewohnheiten eines jeden Ortes in Ansehung der Nachsteuer ausdrücklich vorbehalten blieben. Wegen der über den Sinn dieser Reichsgesetze unter beiden Religionsparteien entstandenen Streitigkeiten erfolgten neue Bestimmungen im Westphälischen Frieden (Instrum. pacis Osnabrug. art. V. §. 30. 36. 37.) dahin, daß diejenigen, welche nicht darthun konnten, daß in dem sog. Normaljahre (1624) an ihrem Wohnorte freie Religionsübung geherrscht habe, oder welche ihren Privatgottesdienst nicht frei ausüben durften, die Freiheit hatten, gegen Ent-

Digitized by Google

Leibherren, wenn ihr Wegzug lediglich die Gewissensfreiheit zum Grunde hatte, nicht daran verhindert werden durften, wenn sie, außer dem gewöhnlichen Abzugsgelde, auch das übliche Lösegeld für die Erlangung ihrer Freiheit zu bezahlen bereit waren[71]). Die teutsche Bundesacte Art. 18. gestattet jedoch den Unterthanen der teutschen Bundesstaaten das Recht des freien Wegziehens aus einem teutschen Bundesstaate in den anderen, sofern keine Verbindlichkeit zu Militärdiensten gegen das bisherige Vaterland im Wege steht, und in Folge dieser gestatteten Auswanderungsfreiheit fällt die Nachsteuer im Verhältniß der Staaten, welche zu dem teutschen Bunde gehören, zu einander weg. Durch den Bundesbeschluß über Nachsteuer vom 23. Juni 1817 ist noch näher ausgesprochen, daß jede Art von Vermögen, welches durch Auswanderung in einen Bundesstaat geht, unter der Abzugsfreiheit des Bundes begriffen ist. Wahres Abzugsgeld in Auswanderungsfällen kann nur noch vorkommen, wenn die Auswanderung in einen nicht zum teutschen Bunde gehörigen Staat, mit welchem kein Freizügigkeitsvertrag geschlossen worden ist, geschieht. Die durch die Bundesacte bestimmte Abzugsfreiheit bezieht sich auch auf den Fall, wenn Patrimonialobrigkeiten oder Corporationen nachsteuerberechtigt waren[72]). Bei den übrigen von einem Staate mit Staaten, welche nicht zum teutschen Bunde gehören, durch Freizügigkeitsverträge bewirkten Aufhebungen kommt es auf die Art des geschlossenen Vertrages an. — Von dem Grundsatze des römischen Rechtes, daß bloßer Grundbesitz keinen Wohnsitz an dem Orte, wo die Grundstücke liegen, begründe[73]), welcher Grundsatz noch heutzutage als gemeinrechtlich anzusehen ist, machen einzelne teutsche Staaten eine Ausnahme, in welchen der volle Landsassiat gilt (sog. geschlossene Länder; territoria clausa), z. B. das Königreich Sachsen und die sächsischen Herzogthümer[74]). Die Besitzer von Lehngütern und Mitbelehnte daran in diesen Ländern müssen nämlich neben dem Vasalleneide auch noch den persönlichen Huldigungseid leisten, und vermöge dieses mit der Lehnspflicht verbundenen Unterthaneneides müssen Vasallen und Mitbelehnte in allen Rechtssachen, es mögen persönliche oder dingliche Klagen sein, ohne Rücksicht auf persönlichen Aufenthalt, sich vor sächsischen Gerichten stellen und dort Recht nehmen, und der dadurch begründete Gerichtsstand ist ein wahres forum

---

richtung der Nachsteuer auszuwandern. Vgl. den Artikel Auswanderung Bd. I, S. 510 flg.

71) Religionsfriede §. 24. Instrum. pac. Osnabrug. art. V. §. 37. Quistorp, Beiträge S. 341 flg.

72) Bundesbeschluß v. 23. Juni 1817 §. 6. Klüber, öffentl. Recht des teutschen Bundes §. 168. Klüber, Acten des Wiener Congresses Bd. 2, S. 509.

73) L. 17. §. 13. D. 50. 1. L. 4. C. de incolis.

74) Vgl. Zachariä, kgl. sächs. Lehnrecht 2. Ausg. S. 47—49, 175—179. Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 391, N. a. Heimbach, sächs. Privatr. §. 24 und in der juristt. Abhandl. herausgeg. von Ortloff Bd. 1, S. 600 flg.

domicilii. Die Gesetze einzelner Länder beschränken übrigens den vollen Landsassiat nicht auf Vasallen und Mitbelehnte an Lehngütern, sondern sie dehnen ihn auf alle diejenigen aus, welche Grundstücke im Lande besitzen, ohne für ihre Person dort wohnhaft zu sein[75]). — Es ist der Fall möglich, daß Jemand ganz ohne Wohnsitz in dem oben bestimmten Sinne des Wortes ist, obwohl dieser Fall schon im römischen Rechte als selten vorkommend bezeichnet wird[76]). Dieser Fall ist unter folgenden, an sich sehr verschiedenen Voraussetzungen anzunehmen: 1) wenn ein bisheriger Wohnsitz aufgegeben ist und ein neuer erst aufgesucht wird, so lange bis dieser gewählt und wirklich begründet sein wird[77]); ein Fall, welcher wegen der meistens beschränkten Dauer einer solchen Zwischenzeit wenig wichtig ist; 2) wenn Jemand lange Zeit hindurch aus dem Reisen seinen Lebensberuf macht, ohne daneben seine Heimath als bleibenden Mittelpunkt seiner Geschäfte, in welchen er regelmäßig wiederzukehren pflegt, zu behandeln; 3) bei Landstreichern oder Vagabunden, welche ohne einen festen Lebenslauf in unbestimmter Weise umherziehen und den Lebensunterhalt meistens in abwechselnder und für die öffentliche Wohlfahrt und Sicherheit bedenklicher Weise suchen[78]). — Der oben aufgestellte Begriff des Wohnsitzes bezieht sich auf die Lebensverhältnisse der physischen Personen, kann also, seiner Natur nach, auf juristische Personen nicht angewendet werden. Aber auch bei juristischen Personen kann die Nothwendigkeit begründet sein, etwas dem Wohnsitze der natürlichen Personen Entsprechendes oder Aehnliches, einen künstlichen oder fingirten Wohnsitz anzunehmen, namentlich zur Begründung des Gerichtsstandes. In den meisten Fällen wird der natürliche Zusammenhang, in welchem die juristische Person zu dem Grunde und Boden steht, jeden Zweifel darüber beseitigen, z. B. bei Städten, Dörfern, Kirchen, Schulen, Hospitälern u. dergl. Zweifelhaft kann es sein bei gewerblichen Gesellschaften, deren Thätigkeit entweder an gar keine

---

75) Z. B. die Jenaische Hofgerichtsordnung von 1653 Cap. XVII. Vgl. Heimbach in der juristi. Abhandl. Bd. 1, S. 601 flg.

76) L. 27. §. 2. D. 50. 1.

77) L. 27. §. 2. D. 50. 1. Dahin gehört heutzutage häufig der Fall eines den Dienst oder die Arbeit wechselnden Dienstboten, Tagelöhners oder Handwerksgesellen, wenn jener Wechsel zugleich mit einer Veränderung des Aufenthaltsortes verbunden ist.

78) Das römische Recht erwähnt diese Klasse von Personen, welche ohne Wohnsitz sind, nicht. Die oft erwähnten flüchtigen Sclaven (errones, fugitivi. L. 225. D. 50. 16.) gehören nicht dahin, da diese im juristischen Sinne einen festen Wohnsitz, den ihrer Herren haben. Der Grund, weshalb das römische Recht jene Klasse von Personen ohne Wohnsitz nicht erwähnt, liegt eben darin, daß die Personen, welche bei uns als Vagabunden erscheinen, bei den Römern zu den Sclaven gehörten. Der Unterschied, welchen Thomasius de vagabundo (Diss. Vol. I. nr. 3.) §. 79. 91. 112. zwischen vagabundus und dem verächtlichen Landstreicher macht, indem er unter vagabundus Jeden versteht, welcher kein domicilium hat, verstößt gegen den herrschenden Sprachgebrauch, nach welchem beide Ausdrücke gleichbedeutend sind.

Digitized by Google

Oertlichkeit gebunden ist oder sich auf größere Räume erstreckt, z. B. bei den Gesellschaften für Eisenbahnen oder Dampfschifffahrt, oder für den Brückenbau über große Ströme, deren beide Ufer oft verschiedenen Gerichten, verschiedener Gesetzgebung, sogar verschiedenen Staaten unterworfen sind. Häufig wird sofort bei der Gründung einer solchen Gesellschaft ein künstlicher Wohnsitz für dieselbe durch das Statut und die Confirmationsurkunde von Seiten des Staates oder der betheiligten Staaten festgestellt. Wird dieses versäumt, so ist der Mittelpunkt der Geschäfte auf künstliche Weise zu ermitteln. — Hält man die beiden von einander unabhängigen Gründe der Angehörigkeit an eine bestimmte Stadtgemeinde, Bürgerrecht und Wohnsitz, zusammen, so ergeben sich folgende mögliche Combinationen. Ein Einzelner konnte im Bürgerverhältnisse stehen zu Einer Stadt, zu mehreren Städten, zu keiner Stadt. Daneben konnte dieselbe Person Wohnsitz haben in Einer Stadt, in mehreren Städten, oder sie stand zu keiner Stadt im Verhältnisse des Wohnsitzes. Das Gewöhnliche und Regelmäßige aber war, daß das Bürgerverhältniß einer Person nur für Eine Stadt begründet war, und daß dieselbe Person in derselben Stadt zugleich ihren Wohnsitz hatte.

III. Wirkung der origo und des domicilium. Als Wirkung dieser Verhältnisse sollte man ein gleiches Maaß von Rechten und Verpflichtungen erwarten; in den Quellen des römischen Rechtes ist aber fast nur von Pflichten, nicht von Rechten die Rede. Dies ist auf folgende Weise zu erklären. In dem Bürgerrechte (origo) waren allerdings Rechte begriffen, welche ursprünglich sehr wichtig waren; namentlich das ausschließende Recht der Theilnahme an der städtischen Verwaltung durch den Eintritt in die Stadtsenate (curia, ordo decuriorum) und in die obrigkeitlichen Aemter. Allein die Theilnahme an den Stadtsenaten hatte sich in der späteren Kaiserzeit aus einem Ehrenrechte in eine drückende und lästige Verpflichtung verwandelt, welcher man sich auf die möglichste Weise zu entziehen suchte und zu deren Uebernahme die Kaiser auf der anderen Seite wieder durch mancherlei Begünstigungen zu bewegen suchten[79]); von den städtischen Obrigkeiten enthalten aber die Rechtsquellen nur sehr spärliche Nachrichten, was sich daraus erklärt, daß sie durch Justinian zum Gebrauch für das oströmische Reich ausschließlich bestimmt waren[80]). Dagegen hatten sich die mit dem Bürgerverhältnisse ursprünglich verbundenen Verpflichtungen im Laufe der Zeit nicht verändert, daher sie sich auch in den Rechtsquellen in ihrem vollständigen Zusammenhange dargestellt finden. Bei dem Wohnsitze, dem zweiten Grunde der Angehörigkeit, war überhaupt nicht von eigentlichen Rechten die Rede, da die Begründung des Wohnsitzes selbst aus reiner Willkür des Einzelnen zulässig war, wozu der Erwerb eigentlicher Rechte wenig gepaßt haben würde.

79) Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. 1, §. 8.
80) Savigny a. a. O. §. 22.

Digitized by Google

Wirklich werden als Wirkungen des Wohnsitzes statt bestimmter Rechte nur thatsächliche Vortheile und Genüsse aufgezählt[81]). Die Verpflichtungen aus der Angehörigkeit sind, wie bereits angedeutet wurde, städtische Lasten, Gerichtsstand, das örtliche Recht.

1) Städtische Lasten (munera). Der Ausdruck munera bezeichnet im allgemeinen Lasten jeder Art; hier aber ist nur von den aus dem öffentlichen Rechte entspringenden Lasten, mithin munera publica, nicht privata[82]) die Rede, insbesondre von den aus der persönlichen Angehörigkeit an eine Stadtgemeinde entstehenden, weshalb sie auch civilia munera heißen[83]). Diese Lasten bezogen sich nicht lediglich auf städtische Zwecke; vielmehr lastete ein großer Theil der örtlichen Staatsverwaltung auf den Städten, und manche der drückendsten Bürgerlasten wurden von den Angehörigen der Städte nicht für Zwecke der Stadt, sondern des Staates getragen[84]). Die Ausdrücke munus und honor werden von den römischen Juristen dadurch unterschieden, daß munus nicht, wie honor, mit einer persönlichen Würde (dignitas) verbunden war[85]). Der honor war aber nicht blos Ehre und Recht, ohne Zwang und Verpflichtung, sondern für ihn galt dieselbe Pflicht zur Uebernahme, wie für das munus[86]); beide galten gleichmäßig als städtische Lasten, so daß jener Unterschied nur den Namen betraf. Die römischen Juristen unterscheiden weiter Lasten der Person und des Vermögens (munera personalia und patrimonii), je nachdem dabei allein oder doch überwiegend die Mühe und Arbeit berücksichtigt wurde, oder vielmehr der aus dem Vermögen zu bestreitende Aufwand oder die auf dem Vermögen ruhende Gefahr[87]). Da jedoch diese Unterscheidung schwankend und von unbestimmter Grenze war, so nahmen Manche noch eine Mittelklasse an, munera mixta[88]). Dagegen müssen streng davon diejenigen Lasten unterschieden werden, welche blos auf dem Grundbesitze hafteten (wie die Grundsteuern), ganz ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer persönlich der Stadt angehörte (durch origo oder domicilium), oder nicht[89]). Der

81) L. 27. §. 1. D. 50. 1.

82) L. 239. §. 3. D. 50. 16. L. 18. §. 28. D. 50. 4. Die Eintheilung der munera in publica und privata an sich (L. 14. §. 1. D. 50. 4.) bezieht sich nicht auf die städtischen Lasten, welche stets publica sind, sondern auf die Lasten überhaupt, welche auch auf privatrechtlichen Verhältnissen beruhen können.

83) L. 18. §. 28. D. 50. 4.

84) Vgl. L. 18. §. 3. 4. 8. 16. D. 50. 4.

85) L. 6. §. 3. L. 14. pr. §. 1. D. 50. 4.

86) L. 3. §. 2. 3. 15. 17. D. 50. 4.

87) L. 1. §. 1. 2. 3. 4. L. 6. §. 3. 4. 5. L. 18. pr. §. 1—17. D. 50. 4. Persönliche Lasten waren z. B. die Verwaltung des Richtergeschäftes und die der Vormundschaft. L. 1. §. 4. L. 18. §. 14. D. 50. 4. L. 8. §. 4. L. 13. pr. §. 2. 3. D. 50. 5.

88) L. 18. pr. §. 18—27. D. 50. 4.

89) L. 6. §. 5. L. 14. §. 2. L. 18. §. 21—25. L. 29. 30. D. 50. 4. L. 10. pr. L. 11. D. 50. 5. In L. un. C. de mulieribus X. 64. (in edit. 62.) heißen diese reinen Grundlasten patrimonii munera, welcher Sprachgebrauch von dem gewöhnlichen abweicht.

Digitized by Google

Verpflichtung zur Uebernahme städtischer Lasten waren in der Regel alle Angehörige einer Stadt unterworfen, ohne Unterschied, ob sie in dieses Verhältniß durch Bürgerrecht oder durch Wohnsitz eingetreten waren [90]). Daher mußte derjenige, welcher in mehreren Städten zugleich das Bürgerrecht, in mehreren möglicher Weise auch den Wohnsitz hatte, in jeder dieser Städte diese Lasten vollständig mittragen. Von der Regel der allgemeinen und gleichmäßigen Verpflichtung aller Angehörigen gab es viele Ausnahmen, indem vielfache Befreiungen aus verschiedenen Gründen und unter verschiedenen Benennungen (vacatio, excusatio, immunitas), theils immerwährende, theils vorübergehende stattfanden [91]).

2) Gerichtsstand (forum originis, domicilii). Zum Grunde liegt hierbei der allgemeine Grundsatz, daß jeder Rechtsstreit im Gerichtsstande des Beklagten, nicht in dem des Klägers zu führen ist [92]). Der regelmäßige Gerichtsstand des Beklagten ist nach römischem Rechte in jeder Stadt, gegen deren Obrigkeit er zum Gehorsam verpflichtet ist, weil er dieser Stadt angehört. Die Angehörigkeit des Einzelnen an eine Stadt wird aber sowohl durch Bürgerrecht, als durch Wohnsitz begründet, und dadurch verwandelt sich jene Bestimmung in die praktische Regel: Jeder muß sich verklagen lassen in jeder Stadt, in welcher er das Bürgerrecht hat; außerdem aber auch in jeder Stadt, in welcher er den Wohnsitz hat. So wird diese Regel von Gajus ausgesprochen und zugleich auf ihren eben angegebenen höheren Grund zurückgeführt [93]). Nach der in der Note angeführten Stelle tritt hierin durchaus dasselbe Verhältniß für den Gerichtsstand, wie für die städtischen Lasten ein. Es konnte folglich auch der Gerichtsstand für dieselbe Person sogar in mehr als zwei Städten zugleich begründet sein, wenn etwa diese Person in mehreren Städten das Bürgerrecht, und zugleich in mehreren anderen Städten den Wohnsitz hatte. Dann stand es in dem freien Willen des Klägers, in welcher dieser mehrerer Städte er den Beklagten rechtlich belangen wollte, und der Beklagte mußte sich in jeder dazu gewählten Stadt auf die Klage einlassen. Auffällig ist es bei diesem deutlichen Ausspruche sowohl der Regel selbst, als ihres höheren Grundes und ihres Zusammenhanges mit den städtischen Lasten, daß von dem auf das bloße Bürgerrecht (verschieden von dem Wohnsitze) sich gründenden Gerichtsstande (forum originis) anderwärts so wenig Erwähnung geschieht. In vielen Stellen, worin der persönliche Gerichtsstand nur

90) L. 22. §. 2. L. 29. D. 50. 1. L. 6. §. 3. L. 18. §. 22. D. 50. 4. L. 1. C. de municip. L. 4. 6. C. de incolis.

91) Dig. lib. 50. tit. 5. 6. Cod. lib. X. tit. 45—66. (in edit. tit. 44—64.)

92) Vat. fragm. §. 325. 326. L. 2. C. III. 13. L. 3. C. III. 19. L. 3. 4. C. III. 22.

93) L. 29. D. 50. 1. „Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis erit; nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet."

Digitized by Google

für einzelne Fälle und nur beiläufig erwähnt wird, ist blos von dem forum domicilii, nicht von dem forum originis die Rede[94]). Dies ist so zu erklären. Erstens war jene Regel nur in Italien vollständig anwendbar, nicht in den Provinzen, welche anfangs Stadtobrigkeiten mit Gerichtsbarkeit gar nicht hatten[95]); daher konnte in den Provinzen das Stadtbürgerrecht keinen Gerichtsstand begründen, während der abstracte Begriff des Wohnsitzes auf das Gebiet einer Provinz, also auf die Gerichtsbarkeit des kaiserlichen Statthalters derselben, sich ebenso anwenden ließ, wie auf das Gebiet einer einzelnen Stadt. Mehrere der angeführten Stellen sprechen ausdrücklich nur von den Provinzen[96]). Zweitens beschränkte sich vielleicht für denjenigen, welcher in zwei verschiedenen Städten das Bürgerrecht und den Wohnsitz hatte, die Anwendung des forum originis auf den Fall, wenn er sich zufällig in der Stadt, in welcher er das Bürgerrecht hatte, aufhielt[97]). Wenn es aber auch an einer solchen beschränkenden Rechtsregel fehlte, zog doch gewöhnlich der Kläger wegen seines eigenen Vortheils das forum domicilii vor, weil der Beklagte am Orte seines Wohnsitzes leichter und bequemer erreicht werden konnte.

3) Eigenthümliches Recht einer Stadt als Eigenschaft der ihr angehörenden Personen (lex originis, domicilii). Da jede einzelne Person einem Stadtgebiete durch Bürgerrecht oder durch Wohnsitz angehören konnte, so war auf diesen beiden Wegen auch die Unterordnung der Person unter das territoriale Recht einer Stadt möglich. Wenn nun auch diese Wirkung, so wie die Unterwerfung unter die städtischen Lasten und unter den Gerichtsstand der Stadt, deren Angehöriger die einzelne Person durch Bürgerrecht oder Wohnsitz war, in einem inneren Zusammenhange standen und als gleichartig gelten konnten, so ist doch noch folgende wichtige Verschiedenheit unter diesen Wirkungen zu bemerken. War eine Person mehreren Städten angehörig, sei es durch Bürgerrecht oder durch Wohnsitz, so hatte sie in jeder dieser Städte die Bürgerlasten zu tragen und war in jeder dem Gerichtsstande unterworfen, so daß dann eine wahre Concurrenz unter den Ansprüchen jener Städte an dieselbe Person entstand. Eine solche Concurrenz konnte bei der Unterordnung der Person unter das positive Recht verschiedener Städte nicht vorkommen, weil sie einen inneren

---

94) L. 19. §. 4. D. 5. 1. L. 29. §. 4. D. 5. 2. L. 1. 2. D. 42. 5. Vat. fragm. §. 326. L. 2. C. III. 10. L. 1. C. III. 20. L. 4. C. III. 22. Dagegen kommt in mehreren Stellen das Wahlrecht des Klägers zwischen dem forum domicilii und dem forum contractus vor. L. 19. §. 4. D. 5. 1. L. 1. 2. 3. D. 43. 5.

95) Die seit 365 in den Provinzen als stehende Beamte vorkommenden Defensoren hatten anfangs nur eine beschränkte Gerichtsbarkeit, welche erst Justinian erweiterte. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. 1, §. 23.

96) Z. B. L. 19. §. 4. D. 5. 1. L. 29. §. 4. D. 5. 2. Vat. fragm. §. 326.

97) So war es mit dem forum originis in der Stadt Rom. Vgl. die Stellen in Note 28.

Widerſpruch mit ſich gebracht hätte. Es war zwar eine rechtliche Belangung derſelben Perſon vor verſchiedenen Obrigkeiten, je nach der Wahl des Klägers, möglich; dieſelbe Perſon konnte aber nicht nach verſchiedenen, vielleicht einander ganz widerſprechenden Rechtsregeln beurtheilt werden. Nur die Unterordnung unter Ein örtliches Recht war möglich und es war zu dieſem Zwecke unter den verſchiedenen, in anderer Hinſicht concurrirenden Städten eine entſcheidende Wahl zu treffen. Nach Savigny's Anſicht[98]) wurde das örtliche Recht, welchem jede Perſon unterworfen ſein ſollte, wenn dieſe Perſon in zwei verſchiedenen Städten das Bürgerrecht und den Wohnſitz hatte, durch das Bürgerrecht, nicht durch den Wohnſitz beſtimmt. Es wurden dafür folgende Gründe geltend gemacht: 1) weil das Bürgerrecht das engere, an ſich höher ſtehende Band, im Vergleiche mit dem von Willkür und Laune abhängigen Wohnſitze war; 2) weil das durch die Geburt entſtandene Bürgerrecht das frühere Band war, während der anderwärts vorhandene Wohnſitz erſt ſpäter durch eine freie Handlung entſtanden ſein konnte; ein Grund aber nicht einzuſehen iſt, aus welchem das für die Perſon einmal begründete territoriale hätte verändert werden ſollen; 3) weil mehrere Aeußerungen und Ausdrücke der römiſchen Juriſten, z. B. si ... alio iure civitas eius utatur[99]), und quoniam nullius certae civitatis civis est[100]), auf das Bürgerrecht, nicht auf den Wohnſitz als Beſtimmungsgrund für das auf die Perſon anwendbare örtliche Recht hindeuten. Nimmt man dieſe Anſicht als richtig an, ſo ſind noch folgende Fälle, welche dadurch nicht beſtimmt werden, zu entſcheiden. Erſtens konnte Jemandem das Bürgerrecht an mehreren Orten zugleich zuſtehen, an dem einen durch die Geburt, an einem anderen durch Adoption oder durch Aufnahme. In einem ſolchen Falle wurde wohl das frühere Bürgerrecht, alſo das durch Geburt entſtandene vorgezogen, weil zur Annahme einer Umwandelung des perſönlichen Rechtszuſtandes kein Grund vorlag. Das jedem municeps neben ſeinem beſonderen Stadtbürgerrechte zuſtehende Bürgerrecht der Stadt Rom war auf die Beſtimmung des perſönlichen Rechtes ohne Einfluß; vielmehr wurde in dieſer Hinſicht nur das Recht der engeren Heimath berückſichtigt. Zweitens konnte Jemand gar kein ſtädtiſches Bürgerrecht haben, während er einen Wohnſitz hatte; ſolchenfalls mußte der Wohnſitz als Beſtimmungsgrund für das auf ihn anzuwendende perſönliche Recht gelten. Für die Beurtheilung der noch übrigen, gewiß ſeltenen Fälle, wenn Jemand in keiner Stadt das Bürgerrecht, und zugleich entweder in mehreren Städten, oder auch in keiner Stadt einen Wohnſitz hatte, enthalten die Quellen des römiſchen Rechtes keine Beſtimmungen.

---

98) Savigny, Syſt. Bd. 8, S. 87.
99) Gai. Inst. Comm. III. §. 120.
100) Ulpian. Fragm. Tit. 20. §. 14.

B. Origo und domicilium im heutigen Rechte[101]).

Die römiſche Lehre von origo und domicilium findet in dem für Teutſchland geltenden gemeinen Rechte keine Anwendung mehr; höchſtens ſind davon vereinzelte Beſtandtheile übrig geblieben. Denn die Grundlage und Vorausſetzung jener Lehre beſtand in den Stadtgebieten und, damit zuſammenhängend in den Stadtgemeinden, wodurch für die einzelnen Einwohner das Verhältniß zum Staate vermittelt wurde, ſo daß alle Einzelne, mit wenigen Ausnahmen, als Stadtbürger, mannichfaltige und dauernde perſönliche Verpflichtungen auf ſich hatten. Dieſe Grundlage der römiſchen Verfaſſung in ihrer Anwendung auf die einzelnen Theile des Staatsgebietes iſt in den neueren Zeiten nicht mehr vorhanden. Wenn in Teutſchland ſeit vielen Jahrhunderten die Städte einen wichtigen Theil der Verfaſſung, ſowohl im Reiche, als in den einzelnen Ländern bildeten, ſo waren ſie doch nur ein einzelnes, neben anderen meiſtens wichtigeren Beſtandtheilen ſtehendes Stück, ſo daß das Ganze niemals in bloße Stadtgebiete und Stadtgemeinden aufgegangen iſt. Mit dem Verſchwinden der Grundlage der römiſchen Lehre von origo und domicilium laſſen ſich auch die darauf beruhenden Rechtsverhältniſſe (munera, forum, Stadtrecht als Recht der Perſon) nicht mehr in römiſcher Weiſe behaupten. Auch die Neueren haben von jeher als unzweifelhaft angenommen, daß in dieſer Lehre der heutige Rechtszuſtand von dem römiſchen durchaus verſchieden ſei. Nur den ganzen Umfang der eingetretenen Veränderung haben ſie vor Savigny nicht erkannt, weil ſie den wahren und vollſtändigen Zuſammenhang jener römiſchen Rechtsinſtitute nicht überſahen. Nur bei einer einzelnen Anwendung, dem Gerichtsſtande, wurden ſie auf dieſen Gegenſtand aufmerkſam, und hier iſt von ihnen die gänzliche Unanwendbarkeit des römiſchen forum originis in ſeiner urſprünglich vorherrſchenden Bedeutung übereinſtimmend anerkannt und angenommen worden, daß höchſtens noch etwas demſelben Aehnliches, aber untergeordnet und als bloße Aushilfe für ſeltenere Fälle, für das heutige Recht übrig bleibe[102]). Wollte man die eingetretenen Veränderungen ſo auffaſſen, daß aus dem römiſchen Rechte blos die eine Hälfte (die origo) verſchwunden, die andere Hälfte (das domicilium) aber unverändert übrig geblieben wäre, ſo würde auch dieſe Auffaſſung nur mit großer Beſchränkung als richtig anzuerkennen ſein. Denn die praktiſche Bedeutung des römiſchen domicilium bezog ſich immer wieder auf die Stadtgemeinde und deren Gebiet, indem der Wohnſitz, ebenſo wie das Bürgerrecht, jeden Einzelnen zum Angehörigen einer Stadtgemeinde machen konnte. Dieſe ausſchließende praktiſche Bedeutung hat eine andere Geſtalt angenom-

101) Savigny a. a. O. S. 89—106.

102) Lauterbach, de domicilio §. 13. 14. 30. Schilter, exerc. 13. §. 24. Stryk, Us. mod. Pand. lib. 5. tit. 1. §. 17. 18. Glück, Erl. der Pand. Bd. 6, S. 261.

Digitized by Google

men. Dagegen ist die Art der Entstehung und Wiederaufhebung des Wohnsitzes heutzutage ganz dieselbe, wie im römischen Rechte, dessen Bestimmungen in dieser Hinsicht bei uns vollständig anwendbar sind. Betrachten wir die drei Wirkungen, welche das römische Recht an den Wohnsitz, ebenso wie an das Stadtbürgerrecht knüpft, so sind die damit vorgegangenen Veränderungen folgende:

1) Städtische Lasten (munera). Diese Wirkung kann heutzutage außer Beachtung bleiben, da sie sich auf ganz eigenthümlich römische Verhältnisse bezog. Die städtischen Lasten sowie die Gemeindelasten überhaupt beruhen jetzt auf particulärer Verfassung, Gesetzgebung und Herkommen und das römische Recht findet hierauf keine Anwendung.

2) Gerichtsstand (forum domicilii). Diese Wirkung des Wohnsitzes ist im heutigen Rechte übrig geblieben; sie ist aber bei uns noch wichtiger als bei den Römern. Denn während bei diesen das forum originis regelmäßig neben dem forum domicilii bestand, so daß der Kläger die Wahl zwischen beiden hatte, ist bei uns die origo im römischen Sinne verschwunden und nunmehr das forum domicilii der einzige ordentliche, regelmäßige Gerichtsstand jedes Menschen geworden. Dieser Gerichtsstand aber sowie der Wohnsitz selbst bezieht sich heutzutage nicht mehr, wie im römischen Rechte, allgemein und nothwendig auf die richterliche Obrigkeit eines Stadtgebietes, zu welchem der Wohnsitz gehört, sondern eines Gerichtssprengels, dessen Entstehungsgründe und Grenzen sehr verschiedenartig sein können und welcher zufällig auch mit den Grenzen eines Stadtgebietes zusammen fallen kann. Der Gerichtsstand des Wohnsitzes ist a) ein allgemeiner, in welchem alle Klagen, sie mögen dingliche oder persönliche, petitorische oder possessorische sein, wider den Beklagten angestellt werden können, wenn auch die Sache, worüber gestritten wird, nicht unter der Gerichtsbarkeit des Richters des Wohnortes gelegen [103]) und auch der Beklagte selbst nicht gegenwärtig ist [104]). Es ist zwar von Manchen behauptet worden, daß sowohl der Realkläger als auch die possessorischen Rechtsmittel schlechterdings im forum rei sitae angestellt werden müßten, wenn die Sache, über deren Eigenthum oder Besitz gestritten wird, nicht an dem Wohnorte des Beklagten gelegen ist [105]). Andere haben zwischen Realklagen,

103) L. 10. 11. D. 6. 1. L. 3. C. III. 19. L. un. C. III. 20.

104) L. 19. D. 2. 4. L. 21. §. 2. D. 4. 6. L. 1. 2. D. 42. 5.

105) Donellus, Comm. iur. civ. lib. 17. cap. 17. Die Ausschließlichkeit des forum rei sitae wird theils auf die Worte „iubemus moveri" in L. 3. C. III. 19. und „peti debet" in L. 38. D. 5. 1. gestützt, von Donellus hierauf die Ausschließlichkeit überhaupt, von Brackenhöft, Erörterungen S. 231, N. 25, wenigstens bei dem Vindicationslegat. Aber die angeführte L. 3. C. III. 19. verb. „sed et" schließt offenbar das forum domicilii nicht aus, und die Worte „iubemus moveri" sowie die Titelrubrik „ubi in rem actio exerceri debeat" wollen nur sagen, daß hier (im forum rei sitae) geklagt werden könne und dürfe. Die angeführten Worte der L. 38. D. 5. 1. werden von Manchen (Bethmann-Hollweg, Versuche S. 74 flg.) gar nicht auf das forum bezogen, sondern auf den Erfüllungsort; sie gehen aber auf das forum, wie theils die Basiliken lib. VII.

Digitized by Google

welche bewegliche, und solchen, welche unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, unterschieden, und halten in Ansehung der ersteren auch das forum domicilii des Beklagten, bei den letzteren hingegen nur allein das Gericht, unter welchem die Sache liegt, für zuständig [106]). Allein beide Ansichten sind hinlänglich widerlegt worden, namentlich soweit sie aus dem römischen Rechte zu begründen versucht worden sind [107]). Auch das kanonische Recht hat daran nichts geändert. In der für die Ausschließlichkeit des forum rei sitae angeführten Stelle [108]) ist nur von der ausschließlichen Zuständigkeit des Erzbischofes zur Erledigung eines Streites über das Episkopalrecht an einem zu seiner Provinz gehörigen Orte zwischen mehreren, wenngleich nicht überhaupt, so doch in Beziehung auf das Episkopalrecht an jenem Orte, ihm unterworfenen Bischöfen die Rede. Nach der Natur des hier vorausgesetzten Streitfalles ist ein Interesse des Erzbischofes, als geistlichen Oberen, aber nur in disciplinarischer oder amtlicher Eigenschaft, bei einem solchen Streite offenbar vorhanden, und insofern ist es denn allerdings der Sache angemessen, daß gerade er für die Streitsache allein zuständig sei; eine Ausschließlichkeit des forum rei sitae kann aber darauf nicht gegründet werden [109]). Dagegen war im älteren teutschen Rechte nach seinem realen Princip der Grundsatz vorherrschend, daß die rechte Dingstatt über Eigen (unbewegliches Gut) nur da sei, wo es liegt [110]) und hiermit die

---

tit. 5. cap. 38. ergeben, wo die Stelle so wiedergegeben wird: *Εἰ δὲ διὰ τῆς ἀπαιτούσης τὸ πρᾶγμα ἀγωγῆς ἀπαιτεῖται, ἡ ἀπαίτησις, ἔνδα ἐστίν, ὀφείλει γίνεσθαι*, theils aus L. 5. pr. §. 2. D. 5. 1., wo ebenfalls vom „peti" die Rede ist und doch entschieden von dem forum und von einer praescriptio fori declinatoria gehandelt wird. Sintenis, Erläut. des Civilproc. S. 10 flg., 46 flg.

106) Cuiacius, Obs. lib. V. cap. 19. Voet, Comm. ad Pand. lib. V. tit. 1. §. 77. Diese verstehen die L. 3. C. III. 19. nur von beweglichen Sachen, weil nur von diesen gesagt werde, quod in aliquo loco constitutae sunt. Dies widerlegt sich aber durch L. 12. C. VII. 33.

107) Vgl. besonders Bethmann-Hollweg, Versuche S. 53 flg. Sintenis, Erörter. des Civilproc. Nr. I, §. 1—5.

108) Cap. 3. X. II. 2.: „Sane si episcopi, inter quos causa versatur, sint diversarum provinciarum, ille Primas det iudices, in cuius provincia est locus, de quo contenditur." Auf Grund dieser Stelle behaupten die Ausschließlichkeit des forum rei sitae Hefftter, Civilproc. §. 157. Linde, Civilproc. §. 90, N. 17.

109) Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 72, N. 151. Sintenis a. a. O. S. 17—19. Brackenhöft, Erört. S. 232, 233. Die in der vorigen Note angeführte Stelle ist ex concilio Africano von 402. Sintenis a. a. O. S. 18 will sie mit cap. 1. X. I. 43.: „Si autem ex communi placito episcoporum, inter quos causa versatur, arbitros elegerint, aut unus eligatur, aut tres, ut si tres elegerint, aut omnium sequatur sententiam, aut duorum" verbinden oder wenigstens mit Hinblick darauf erklären, so daß danach von keinem eigentlichen Competenzconflicte, von keinem forum rei sitae die Rede sein würde, sondern nur von Schiedsrichtern und von der Befugniß, sie zu bestellen. Allein es ist im cap. 3. X. II. 2. nicht von Schiedsrichtern die Rede, welche die Parteien erwählen, sondern von iudices, welche der Erzbischof bestellt. Brackenhöft a. a. O. S. 233, N. 34.

110) Vgl. sächs. Landr. B. 3, Art. 25. Schwäb. Landr. Art. 87, §. 10, 11. Art. 130, 405. Landfriede v. 1398 I, §. 7. Constit. Alberti II. v. 1438 §. 5.

Digitized by Google

Ausschließlichkeit des forum rei sitae für Immobilien anerkannt. Dieser Grundsatz des älteren teutschen Rechtes hat aber nur noch particularrechtliche Geltung, z. B. wegen der schriftsässigen Güter und wegen der Lehengüter. Gemeinrechtlich gelten die Bestimmungen des römischen Rechtes über die elective Concurrenz des forum domicilii und des forum rei sitae [111]). — Bei dem Gerichtsstande des Wohnortes kommt es nicht auf den Wohnsitz, welcher zur Zeit der Begründung des Klagrechtes bestand, sondern auf denjenigen Wohnsitz an, welcher zur Zeit der Anstellung der Klage begründet ist. Der Kläger hat aber immer nur zu beweisen, daß er an dem Orte, wo er die Klage erhebt, einmal ein Wohnsitz für den Beklagten begründet worden sei, indem der Grundsatz: mutatio non praesumitur, auch hier zur Anwendung kommt [112]). Der Gerichtsstand des Wohnortes ist b) nur ein ganz persönlicher Gerichtsstand, welcher nicht auf die Erben übergeht, sondern mit dem Tode des Erblassers erlischt. Denn der Wohnsitz eines Menschen hängt von seinem Willen ab und kann nach Gefallen verändert werden, soweit kein Gesetz entgegensteht. Dasselbe Recht muß auch dem Erben zustehen; wollte man auch sagen, der Erbe repräsentire den Erblasser und stelle mit demselben Eine Person vor, so würde doch zugegeben werden müssen, daß der eigene Wohnsitz des Erben nun als eine Veränderung des Wohnsitzes des Erblassers zu betrachten sei. Der Erbe ist daher in persönlichen Klagen, welche gegen ihn als Erben angestellt werden, den Gerichtsstand des Wohnsitzes seines Erblassers nicht anzuerkennen verbunden, sondern er muß in seinem eigenen Gerichtsstande belangt werden. Ist aber in dem Gerichtsstande des Wohnsitzes des Erblassers ein Rechtsstreit bereits rechtshängig geworden, so muß der Erbe wegen des Grundsatzes: ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet [113]), dort den rechtshängigen Proceß bis zu Ende fortführen [114]). Der Gerichtsstand des Wohnsitzes erlischt a) durch den Tod, wie bereits bemerkt wurde; b) durch Aufgeben des Wohnsitzes, wobei aber der Wille, seinen bisherigen Wohnsitz zu verändern, durch Handlungen bethätigt werden muß; c) durch die Auflösung des Verhältnisses, wodurch für Jemanden ein nothwendiger Wohnsitz begründet worden ist. Die Witwe behält jedoch den Gerichtsstand ihres verstorbenen Ehemannes, verliert aber durch Veränderung des Wohnsitzes den gemeinen, durch Wiederverehelichung aber sowohl den gemeinen, als den befreiten Gerichtsstand des Mannes [115]).

Reichsabsch. v. 1438 II, §. 1. Landfriede v. 1466 §. 8. Heffter, Civilpr. §. 157 und im Archiv f. civil. Praxis Bd. 10, S. 207 flg.

111) Heffter, Civilproc. §. 157. Linde, Civilproc. §. 90, N. 19. Sintenis a. a. O. S. 19. Brackenhöft a. a. O. S. 233, N. 36. Schmid, Hand. gem. Civilproc. Bd. 1, S. 88.

112) Schmid a. a. O. Bd. 1, S. 82.

113) L. 30. D. 5. 1.

114) L. 34. D. 5. 1.

115) L. 22. §. 1. D. 50. 1. L. 13. C. XII. 1.

3) Das besondere territoriale Recht, welchem jeder Einzelne, als seinem persönlichen Rechte, untergeordnet ist. Diese Wirkung des Wohnsitzes ist aus dem römischen Rechte nicht nur im heutigen Rechte übrig geblieben, sondern sie ist auch ausschließender anwendbar und deshalb wichtiger geworden als bei den Römern. Zugleich aber hat sie bei uns ebenso wie der Gerichtsstand eine veränderte Bedeutung angenommen. Nach dem heutigen Rechte ist der Wohnsitz als regelmäßiger Bestimmungsgrund für das besondere territoriale Recht, welchem jeder Einzelne, als seinem persönlichen Rechte untergeordnet ist, anzusehen, ein Satz, welcher von jeher allgemein anerkannt worden ist. Es tritt also nunmehr als Regel derjenige Zustand ein, welcher im römischen Rechte ausnahmsweise für solche Personen bestand, welche zufällig in keiner Stadt ein eigentliches Bürgerverhältniß hatten, mithin ohne origo waren. Diese Regel des heutigen Rechtes läßt sich, um ihr Verhältniß sowohl zum römischen Rechte, als zu der schon erwähnten verwandten Regel für den Gerichtsstand, zu veranschaulichen, mit Savigny[116]) so ausdrücken: a) Bei den Römern bestand neben dem forum originis das forum domicilii, beide mit gleicher Berechtigung, also concurrirend. Bei uns ist das forum originis im römischen Sinne verschwunden, das forum domicilii allein übrig. b) Bei den Römern galt, als territoriales persönliches Recht der Einzelnen, die lex originis, und nur ausnahmsweise die lex domicilii für diejenigen Personen, welche zufällig keine origo hatten. Bei uns ist die lex domicilii der einzige regelmäßige Bestimmungsgrund für das territoriale persönliche Recht der Einzelnen. Indessen hat im heutigen Rechte der Wohnsitz auch in Ansehung des territorialen Rechtes eine andere Bedeutung und andere Grenzen als im römischen Rechte, ebenso wie es bereits unter 2. in Ansehung des Gerichtsstandes bemerkt worden ist. Bei den Römern war die lex originis, wie die lex domicilii, stets das örtliche Recht eines bestimmten Stadtgebietes. Bei uns hingegen hat die Einheit eines territorialen Rechtes, ebenso wie der Gerichtsstand, sehr verschiedenartige Entstehungsgründe und Grenzen, und das territoriale Recht kann nur unter anderen und zufälliger Weise mit den Grenzen eines Stadtgebietes zusammenfallen, also ein Stadtrecht sein. Man kann dieses Verhältniß mit Savigny passend mit dem Ausdrucke Gesetzsprengel bezeichnen. Der Ausdruck Gesetz ist aber (ebenso wie lex domicilii) in einem weiteren Sinne für jede Regel des positiven Rechtes zu nehmen, ohne Unterschied, ob diese Regel durch ein eigentliches Gesetz oder etwa durch Gewohnheitsrecht entstanden ist. Der aufgestellten Regel von der lex domicilii will Savigny[117]) nicht nur bei der Collision zwischen den Particularrechten eines und desselben Staates, sondern auch bei der Collision zwischen den Gesetzen souveräner Staaten Einfluß verstatten.

116) Savigny, Syst. Bd. 8, S. 96.
117) Syst Bd. 8, S. 98 flg.

Digitized by Google

Es ist aber dabei doch, wie Pütter[118]) unseres Erachtens gründlich ausgeführt hat, der Unterschied beider Fälle der Collision nicht hinreichend hervorgehoben. Die verschiedenen Particularrechte desselben Staates gelten, ebenso wie die allgemeinen Landesgesetze, nur darum, weil die gesetzgebende Staatsgewalt es (noch) will; deshalb sind alle dieser Staatsgewalt unterworfenen Gerichte zu deren Anerkennung und Anwendung als Gesetze auf diejenigen Rechtsverhältnisse oder Geschäfte, Personen oder Sachen, wofür sie gegeben oder giltig sind, rechtlich verpflichtet. Unter den souveränen christlichen Staaten aber, von denen jeder den anderen als Staat, dessen Gesetze in dessen Gebiete als Recht und Gesetz anerkennt, muß vermöge dieser gegenseitigen Anerkennung jeder die nach des anderen Staates Rechten und Gesetzen dort wohlerworbenen Rechte in seinem Gebiete und Gerichte schützen, wenn und soweit es nach seinem eigenen Rechte und Gesetze nicht unmöglich ist. Durch das allgemeine Völkerrechtsgesetz der gegenseitigen Anerkennung der christlichen Staaten als Staaten wird der allgemeine europäische Gerichtsgebrauch, die in fremden Staaten nach deren Gesetzen rechtlich erworbenen Rechte als wohlerworbene Rechte, soweit ihr Landesrecht es gestattet, anzuerkennen und zu schützen, hinreichend begründet. Dahingegen ist für die gänzliche Gleichstellung der fremden Landesrechte und Statuten mit den Particularrechten oder Statuten des eigenen Landes als Rechtsnormen für die Gerichte des Landes weder darin, noch überhaupt in der völkerrechtlichen Gemeinschaft, welche eben auf der gegenseitigen Anerkennung der Staaten als souveräner Völker und Staaten beruht, ein Grund zu finden. Wir müssen indessen, nachdem schon in einem früheren Artikel[119]) von der Collision der Gesetze, sowohl der Particularrechte desselben Staates als der Gesetze verschiedener souveräner Staaten gehandelt worden ist, uns begnügen, ungeachtet Savigny's ausführlicher Darstellung im 8. Bande seines Systems des römischen Rechtes vielmehr auf die Ausführungen von Pütter[120]) darüber zu verweisen. Die Regeln, nach welchen auf Grund jener Verschiedenheit und Unterscheidung zu verfahren und zu entscheiden ist, sind folgende. I. Ueber inländische, d. h. aus anderen Particularrechtsgebieten des Staates kommende Fremde und ihre inländischen Sachen, Rechtsgeschäfte und Verhältnisse hat der inländische Richter immer nach dem inländischen Gesetze, Statut, Privilegium, rechtskräftigem Urtheil u. s. w. zu richten, welches für diese Person oder Sache, dieses Rechtsgeschäft oder Verhältniß gilt, und zwar in der Regel, wenn es nicht besonders und ausdrücklich anders verordnet ist, so, daß die eigenthümliche Rechtsnorm vor der besonderen, diese vor

118) Pütter im Archiv f. civil. Praxis Bd. 37, Nr. 14, S. 387 flg.
119) Vgl. den Artikel Gesetz Bd. IV, S. 721—755.
120) Pütter, das prakt. europ. Fremdenrecht, Leipzig 1845 und im Archiv f. civil. Praxis Bd. 37, S. 387—414. Bd. 38, S. 57—96.

Digitized by Google

der allgemeinen zur Anwendung kommt: also zuerst das rechtskräftige Urtheil, wenn es nicht bei Bestrafungen durch Begnadigung aufgehoben oder gemildert ist, dann das Privilegium, dann die Statuten der engeren und weiteren Rechtskreise der Familien oder Innungen, der Dörfer, Städte, Landschaften, Provinzen, endlich das gemeine Landesrecht, nach dem Sprüchworte: „Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht." 1) Die persönlichen Eigenschaften, Ehre, Rechts- und Rechtsgeschäftsfähigkeit u. s. w., welche das eigenthümliche, besondere Rechtsgesetz: das rechtskräftige Urtheil, das Privilegium, das Standes-, Orts- oder Landesstatut einem Staatsangehörigen beilegt, haften, obgleich sie nicht natürliche, sondern nur rechtliche und gesetzliche sind, so fest an seiner Person, als Rechtssubject, wie wenn sie natürliche, angeborene wären, indem er von allen Gerichten aller Lande dieses Staates nach demselben Gesetze beurtheilt wird und werden muß, wie von dem Gerichte, unter welchem er geboren ist und steht, bei welchem er in der Regel zu verklagen ist. 2) Ebenso werden die Familienverhältnisse und Rechte von allen Gerichten im ganzen Staate nach demjenigen Gesetze beurtheilt, nach welchem das ursprünglich persönlich-zuständige Gericht zu erkennen hat. 3) Die Sachen unterliegen in der Regel dem Rechte und Gesetze des Ortes, wo sie sich befinden; es kann aber a) den neben einander liegenden Landgütern gar sehr verschiedenes Recht beigelegt und vorgeschrieben sein, wie Ritter- und Bauergütern — Lehn-, Allodial- oder auch gemeines Recht, was überall beobachtet werden muß, wo darüber auch erkannt werden mag; b) bei den Rechtsstreitigkeiten über bewegliche Sachen kommt nicht sowohl das Gesetz des Ortes zur Anwendung, wo sie sich zur Zeit des Rechtsstreites befinden, sondern dasjenige, welches an dem Orte gilt, wo sie sich befanden, als das jetzt streitige Recht erworben oder verloren worden ist oder sein soll. 4) Schuldforderungen sind in der Regel von allen Gerichten des Landes, welche aus irgend einem Grunde darüber zu erkennen haben, nach dem Rechte und Gesetze zu beurtheilen, wonach der Richter des Ortes spricht, wo die Erfüllung stattfinden soll und die Klage erhoben werden müßte und würde, wenn der Schuldner sich ihr und seiner Verbindlichkeit nicht durch Fernhaltung von demselben zu entziehen suchte. 5) Was die Formen der Rechtsgeschäfte, Verträge, letztwilliger Verfügungen u. s. w. betrifft, so hat nur die am Errichtungsorte für dieses Rechtsgeschäft dieser Person oder Personen gesetzlich giltige Form — wie vor dem dortigen, so vor allen Gerichten aller Ortschaften und Landschaften des ganzen Staates — bindende Kraft. Ist diese Form nicht beobachtet, und daher das Geschäft am Errichtungsorte nichtig, so ist es überall im ganzen Lande nichtig, auch an einem solchen Orte, dessen Recht und Gesetz diese dort beobachtete Form für hier vorzunehmende Rechtsgeschäfte vorschreibt. Bei allen diesen Regeln tritt der rechtliche Grund klar und deutlich hervor, daß sie gelten, weil der Gesetzgeber es so für

Digitized by Google

diese Person, für diese Sache, für diese Schuldforderung, für dieses Rechtsgeschäft in verschiedenen, aber gleichmäßig bindenden Formen vorgeschrieben hat. Die älteren Juristen nennen daher das statutum personale eine lex, quae statuit de persona, das statutum reale eine lex, quae statuit de re, das statutum mixtum eine lex, quae statuit de solennitate sive forma actus. II. Im ausländischen, praktischen, europäischen Fremdenrechte (neuerdings meistens internationales Privatrecht, auch Weltbürgerrecht genannt) pflegt man nicht nur vom Rechte des Fremden im Inlande und Auslande (in unserem und in ihrem oder in einem dritten Staate), sondern auch von dem Rechte der Inländer in der Fremde zusammen und zugleich zu handeln und allgemeine Regeln dafür zu suchen und zu finden, welche den eben zusammengestellten Civilrechtsgesetzen für die Collisionen der Particularrechte eines und desselben Staates meistens sehr ähnlich oder gleich sind. Da nun aber eine wesentliche Verschiedenheit, wie zwischen dem Verhältnisse der Particularrechte eines und desselben Staates zu einander und dem Verhältnisse der allgemeinen und Particularrechte verschiedener selbstständiger Staaten, so auch zwischen den Rechtsverhältnissen, worauf die Staatsgewalt und die Gerichte unseres Souveräns über seine abwesenden Unterthanen und seine Staatsgewalt und Gerichtsbarkeit über die Fremden, welche sich in seinem Staatsgebiete aufhalten und in Rechtsgeschäfte und Verhältnisse einlassen, stattfindet, so sind sie zu unterscheiden und zu sondern, indem die Frage gestellt wird: Nach welchem Rechte und Gesetze haben unsere inländischen Gerichte die Rechtsstreitigkeiten 1) der als Fremde in einem anderen Staate verweilenden Inländer über dort eingegangene Rechtsgeschäfte und Verhältnisse und ihre hiesigen Rechte, — 2) der als Fremde in unserem Staatsgebiete sich aufhaltenden Ausländer über ihre hiesigen Rechte, Rechtsgeschäfte und Verhältnisse, — 3) der Inländer und der Fremden über ihre in einem fremden Staate wohlerworbenen Rechte, zu entscheiden? Die Antworten sind sehr verschieden. Zu 1) Die als Fremde in einem anderen Staate verweilenden Inländer sind und bleiben Unterthanen ihres Staates und Souveräns, seinen Gesetzen, Verordnungen und Geboten, seiner Staatsgewalt und Gerichtsbarkeit unterworfen, wie die anwesenden. Durch die bloße Entfernung und zeitweilige Abwesenheit aus seinem Staatsgebiete wird ihr Rechtsverhältniß zu ihm und zu ihrem heimischen Rechte und Volke in rechtlicher Beziehung gar nicht verändert, sondern nur durch rechtliche Aufhebung des Unterthanenverhältnisses, und nach manchen Landesrechten durch rechtliche Verlegung des Wohnsitzes (Uebersiedelung) in ein anderes Land. Der Inländer, welcher sich als Fremder im Auslande aufhält, muß auf Befehl und darf nach Belieben in die Heimath zurückkehren. Die ausheimischen oder in der Fremde abwesenden Inländer oder Unterthanen können und müssen daher von ihrem

heimiſchen Gerichte: a) in allen ihren Rechtsverhältniſſen zu ihrem Staate, zu ſeinem Souverän und Volke, zu ihrer Familie und zu ihren Gläubigern und Schuldnern, zu ihrem Eigenthume und Beſitze im Staatsgebiete ganz und gar nach den inländiſchen Geſetzen, Statuten u. ſ. w. beurtheilt werden. Verträge, welche ſie mit einander in der Fremde abſchließtn, letztwillige Verfügungen, welche ſie dort errichten, ſind in der Heimath vollgiltig, wenn ſie die hier geſetzlichen Formen und anderen Erforderniſſe erfüllen. b) Auch die mit Fremden in der Fremde nach dem heimiſchen Rechte eingegangenen Rechtsgeſchäfte und Verhältniſſe ſind als rechtsgiltig und beſtändig von den heimiſchen Gerichten anzuerkennen, wenn nicht beſondere, auch nach heimiſchem Rechte zureichende Rechtsgründe angeführt und bewieſen werden, weshalb das fragliche Rechtsgeſchäft nicht in dieſer Form habe abgeſchloſſen werden können oder ſollen. Ein ſolcher Rechtsgrund kann auch das verſchiedene in dieſem fremden Staate beſtehende Recht, beſonders ein für den dortigen Einwohner unzweifelhaft bindendes Verbot ſein, indem es nicht ohne Beweis angenommen wird, daß Jemand das Rechtsgeſetz ſeines Staates in deſſen Gebiete habe übertreten oder auch nur in anderen, als in der ihm und am Orte gewöhnlichen Weiſe ſich habe verbindlich machen wollen. c) Wenn aber im allgemeinen auch die im fremden Staatsgebiete nach dem fremden Rechte und Geſetze zwiſchen den hieſigen und den dortigen oder anderen fremden Unterthanen eingegangenen Rechtsgeſchäfte und Verhältniſſe auch vom hieſigen Gerichte, ſoweit das hieſige Recht es geſtattet, anerkannt und geſchützt werden, ſo hat dies, wie bereits bemerkt wurde, auch einen guten und zwar völkerrechtlichen Grund. Niemals und nirgends aber darf es ſich ein Gericht geſtatten, das rechtliche Verhältniß des abweſenden Unterthans zum eigenen Staate und Souverän und Volke, namentlich deſſen Staats- und bürgerliche Ehre, Freiheit und Rechtsfähigkeit und Rechtsgeſchäftsfähigkeit und ſeine Familienrechtsverhältniſſe nach anderen als den eigenen Landesgeſetzen, Statuten u. ſ. w. zu beurtheilen; mögen ihn auch die fremden Staaten oder ihre Souveräne mit den höchſten Ehren bekleidet oder deren Gerichte ihm alle Ehre abgeſprochen haben. Man hat daher geſagt: das perſönliche — Perſonen- und Familienrecht folgt der Perſon durch die ganze Welt — in die Heimath zurück. Zu 2) Das Verhältniß des Staates und ſeines Souveräns zu fremden Völkern und Menſchen iſt ein ganz anderes als das zu ſeinen Unterthanen; es iſt zunächſt, ſo lange ſie ſich einander fremd ſind und bleiben, gar kein Rechtsverhältniß. Treten aber die Völker und Staaten zu einander in Beziehung, ſo iſt ihr Verhältniß völkerrechtlich und die Verhältniſſe ihrer Unterthanen zu ihnen und zu einander werden im allgemeinen nach den Völkerrechtsgeſetzen, im beſonderen und einzelnen nach den Staatsverträgen beſtimmt, welche die Souveräne mit einander

Digitized by Google

geschlossen und als Gesetze zur Nachachtung bekannt gemacht haben. In solchen Staatsverträgen könnten die Souveräne ihren beiderseitigen Unterthanen gegenseitig alle möglichen Rechte in ihren Gebieten beilegen und ausmachen; sie könnten sie den eigenen Unterthanen ganz gleichstellen, sie könnten den Fremden, wenn sie dies dem Staatswohle angemessen erachteten, sogar Vorrechte zugestehen oder bestimmen, daß sie entweder von eigenen Richtern ihres Souveräns oder von den Landesgerichten nach ihrem heimischen Rechte ausschließlich oder in solcher Art und Maße beurtheilt und gerichtet werden sollen, wie die inländischen Fremden aus verschiedenen Provinzen u. s. w. nach den für sie geltenden Particularrechten, Statuten, Privilegien, rechtskräftigen Urtheilen u. s. w. Wo nun aber solche Rechte den Fremden durch Staatsverträge nicht eingeräumt sind, da treten die allgemeinen Staats- und Völkerrechtsgrundsätze und Gesetze in Wirksamkeit, daß jeder Staat kraft seiner Souveränetät und in derselben das Recht wie die Fähigkeit hat, seinen freien Willen im Verhältnisse zu anderen freien Willen anderer Staaten, Völker und Menschen nach seiner Vernunft und Verfassung zu seinem Heil und Wohl selbst zu bestimmen; daß er über sich selbst, über sein Volk und Gebiet die höchste und ausschließliche Gewalt und damit das Recht hat, alle Fremden von seinem Gebiete auszuschließen oder sie unbeschränkt und unbedingt oder unter gewissen Bedingungen und Beschränkungen zuzulassen, namentlich auch unter der Bedingung, daß sie seine Obrigkeit und Gesetze achten sollen; daß aber fremde Unterthanen auch ohne solche Bedingung, wenn und sobald sie in sein Gebiet kommen, von Staats- und Rechtswegen unter seine Staatsgewalt treten, ihr und ihren Gesetzen, Verordnungen und Geboten Achtung und Gehorsam schuldig, während ihres Aufenthaltes im Staatsgebiete zeitweilige Unterthanen derselben (subditi temporarii) sind. In der gesetzgebenden Staatsgewalt ist auch das Recht enthalten, für die Fremden insgemein und für die Unterthanen jedes Staates insbesondre eigene Fremdengesetze zu geben und einzelnen Fremden Vorrechte, Privilegien, Ehren u. s. w. zu verleihen. Viele Staatsgewalten oder Souveräne haben solche Gesetze u. s. w. erlassen, nicht wenige auch solche, wodurch die Fremden den eigenen Unterthanen nachgesetzt, ungleich beschwert, mehr belastet und belästigt wurden, ohne daß man ihnen das Recht zu dieser Gesetzgebung an sich jemals bestritten hat. Wohl aber haben die Souveräne jener fremden Unterthanen von demselben Gesetzgebungsrechte zur Wiedervergeltung durch dieselben oder andere Zurücksetzungen, ungleiche Beschwerungen, Lasten und Belästigungen der sich in ihrem Gebiete aufhaltenden Unterthanen dieses Staates einen sehr ausgedehnten Gebrauch gemacht, um ihn zur Zurücknahme seiner unbilligen, ungleichen Rechtsgesetze zu vermögen. Andere Staaten hingegen haben nicht sowohl aus Furcht vor Wiedervergeltung ungleicher und unbilliger Beschwerung, als vielmehr in der

Digitized by Google

Erkenntniß, daß die größtmöglichste Freiheit und Sicherheit des Handels und Verkehres auch ihren Unterthanen den größten Vortheil gewähre, den Fremden denselben und gleichen Rechtsschutz zugesagt, welcher den eigenen Unterthanen für ihre Person und ihr Vermögen von Staats- und Rechtswegen gewährt wird. Daß nun auch alle Gerichte jedes Landes die über und für die Fremden erlassenen Gesetze der Staatsgewalt als Gesetze anerkennen und auf die Fremden und deren Rechtsverhältnisse anwenden müssen, ist nicht zweifelhaft; destomehr herrscht aber Zweifel darüber, ob und welche Gesetze auf die Fremden und ihre Rechtsverhältnisse zur Anwendung zu bringen seien, wenn dieses Gesetzbuch keine Bestimmung darüber enthält, ob und welches Recht die Fremden haben sollen? Diese Zweifel bestehen aber nur unter den Rechtslehrern. Die Gerichte können und dürfen nicht zweifeln, noch anstehen, auch den Fremden, welche sich in ihrem Bezirke oder im Staatsgebiete aufhalten, in Rechtsgeschäfte und Verhältnisse eingelassen haben, nach den Landesgesetzen, Provinzial- und anderen Statuten u. s. w. Recht zu sprechen, unter deren Herrschaft diese vorgenommen oder begründet oder sonst landesrechtlich gestellt sind, weil die Gerichte berufen, bestellt und angewiesen sind, Jedermann, insbesondre auch den zeitweiligen Unterthanen, nach jedes Orts-, Gerichts- oder Landesrecht und Gesetz ihres Staates und Souveräns zu urtheilen und zu richten, während sie die fremden Gesetze und Rechte gar nicht kennen und nicht als Gesetze anerkennen können. Die meisten Juristen, welche diese allgemeine europäische Praxis und ihre rechtlichen Gründe kennen, geben deren Gerechtigkeit in Betreff der Form und des Gehaltes, der rechtlichen Wirkungen und Folgen der im Lande vorgenommenen Rechtsgeschäfte als solcher zu, behaupten aber, die Rechtsfähigkeit und Rechtsgeschäftsfähigkeit des Fremden müsse nach seinem heimischen Personenrechte (statutum personale), welches ja seiner Person überall hin folge, auch von den hiesigen Gerichten beurtheilt und der danach z. B. wegen Minderjährigkeit rechtsgeschäftsunfähige Fremde, wenn er auch nach hiesigem Rechte volljährig und rechtsgeschäftsfähig wäre, ebenso von seiner Verbindlichkeit freigesprochen werden, wie wenn er nach hiesigem Rechte noch minderjährig wäre. Allein die Gerichte sind vollkommen im Rechte, wenn sie nicht nur diesen oder jenen Theil, die Form und den Inhalt, sondern das Ganze des hiesigen Rechtsgeschäftes und Verhältnisses, alles, was auf seine Rechtsbeständigkeit und Giltigkeit Bezug und Einfluß hat, also auch die Rechtsgeschäftsfähigkeit desjenigen, welcher das Geschäft hier abgeschlossen hat, nach ihrem Landesrechte und Gesetze beurtheilen; denn das fremde Gesetz, welches für den Fremden in seinen heimischen Verhältnissen und bei den Gerichten seiner Heimath gilt, ist für die hiesigen Gerichte nicht Gesetz noch Recht, sondern das hiesige. Es ergiebt sich also als allgemeine Regel des internationalen oder ausländischen Fremdenrechtes, daß die Ausländer, welche sich im Staate aufhalten und hier

Digitized by Google

Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse eingehen, als zeitweilige Unterthanen sowohl für ihre Person, als auch in Betreff ihrer hiesigen Rechte, Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse ganz und allein nach den hiesigen Landesgesetzen und Rechten zu beurtheilen sind. Zu 3) Der Schutz der Rechte, welche Inländer oder Ausländer in einem anderen christlichen Staate nach dessen Rechte und Gesetze wohlerworben haben, hat einen anderen, wesentlich verschiedenen Rechtsgrund. Er ist nicht durch das persönliche Unterthanenverhältniß der abwesenden Inländer zu ihrem Souverän und seinen Gesetzen, noch durch die ausschließliche Staats- und Rechtsgewalt des Souveräns über sein Staatsgebiet und alle darin befindlichen und handelnden Personen, wodurch die Gerichtsbarkeit oder Zuständigkeit seiner Gerichte begründet wird, sondern durch das völkerrechtliche Verhältniß bedingt und bestimmt, in welchem die christlichen Staaten zu einander und zu ihren beiderseitigen Rechtsgesetzen stehen. Weil die christlichen Staaten sich einander nicht nur als souveräne Völker, sondern auch als wahre Staaten, als höchste sittliche Mächte und Gewalten, welche das Recht und das Rechte wissen, wollen und thun, und ihre Gesetze und Rechte als wahres Recht erkennen und anerkennen, so wollen und müssen sie von Völkerrechtswegen die unter und nach diesen Rechten und Gesetzen rechtlich erworbenen Rechte auch in ihrem Gebiete als wohlerworbene Rechte anerkennen und schützen, wenn und insofern diese Rechte den einheimischen Rechten und Gesetzen nicht entgegen sind. Wenn und weil dies aber ein allgemeines, von allen christlichen Staaten anerkanntes Völkerrechtsgesetz ist, so dürfen und müssen die Gerichte aller Staaten, auch ohne daß es ihnen ausdrücklich durch Staatsgesetz geboten ist, dasselbe zur Anwendung bringen. Eben deshalb, weil dieses Völkerrechtsgesetz einen wesentlichen und nothwendigen Theil des Rechtes eines jeden christlichen Staates ausmacht, läßt sich auch nicht behaupten, daß die Gerichte, indem sie die in anderen Staaten wohlerworbenen Rechte anerkennen und schützen, nach einem fremden Rechte urtheilten und richteten, wiewohl sie demjenigen, welcher ein Recht in einem fremden Staate wohlerworben zu haben behauptet, in Ermangelung staatlich beglaubigter Urkunden auch wohl den Beweis vor ihnen zu erbringen gestatten, daß er dieses Recht nach den Gesetzen jenes Staates dort unter deren Herrschaft habe erwerben können oder daß diese Gesetze dort gelten und daß er es durch die angegebenen Thatsachen oder Handlungen wirklich erworben habe, und selbst darüber erkennen, ob dieser doppelte Beweis des Gesetzes oder Rechtes und der rechtlichen Handlungen oder Thatsachen erbracht sei. Auffällig ist, daß diese drei positiven Rechtsgrundsätze, welche sich ebenso praktisch als einleuchtend erweisen, ebenso leicht anzuwenden, als auch in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem allgemeinsten Gerichtsgebrauche und den neuesten Gesetzgebungen der souveränen Völker oder Staaten Europa's und Amerika's sind, von den älteren Juristen nicht schon anerkannt, von den neueren

Digitized by Google

und namentlich von den teutschen Civilisten noch nicht anerkannt und angenommen worden sind. Der Hauptgrund liegt in dem Civilrechte selbst, und zwar meistens in dem gemeinen teutschen Civilrechte [121]). Die älteren Civilisten, Rechtslehrer und Richter haben schon zu einer Zeit, wo sich kaum erst das gegenseitige Verhältniß der verschiedenen Herrschaften, Fürstenthümer, Städte u. s. w. Eines Volkes und Landes unter Einem Oberherrn und König zu diesem und zu einander festgestellt hatte, angefangen, allgemeine Regeln für die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten der Fremden, deren heimische Statuten von einander und von dem Rechte des erkennenden Gerichtes abwichen, im Corpus iuris civilis zu suchen und zu finden. Das Corpus iuris civilis enthält nun zwar nicht viel über das Recht der Fremden, und namentlich das nicht, was sie darin gesucht und gefunden haben, sondern sie haben auch hier, was sich im Leben und Gerichtsgebrauche als Recht herausbildete und mit den alten und neuen kaiserlichen Gesetzen nicht im Widerspruche stand, in diese hineingedeutet, wo sie nur einen scheinbaren Anhalt fanden. Zuerst und am meisten mußte sich aber das inländische Fremdenrecht entwickeln, d. h. die Regeln für die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten der Unterthanen der königlichen Vasallen und aus den freien Städten des Reiches vor dem königlichen Obergerichte und vor den verschiedenen Herrschafts- und Stadtgerichten. Sie fanden auch in dem Justinian. Gesetzbuche, als welches für die Unterthanen Eines Reiches gegeben war, den meisten Anhalt. Die italienischen und französischen Legisten aber hielten diese Regeln nicht blos deshalb für gemeines kaiserliches Recht, weil sie dieselben im Corpus iuris wieder fanden, sondern auch deshalb, weil sie im südlichen Frankreich, in Italien und wo sonst das römische Recht sich erhalten hatte, wie in den geistlichen Gerichten, auf alle, auch die ausländischen Fremden, angewendet wurden. Ueber die einzelnen Regeln waren die Rechtslehrer allerdings im Streite und Zweifel, weil die Verhältnisse der Fürsten und Obrigkeiten zu ihrem Oberherrn und zu einander in den verschiedenen Reichen so verschieden und überall noch so unklar und schwankend waren, daß sich weder für sie, noch für das gegenseitige Verhältniß der Particularrechte jedes Reiches und aller Reiche zu einander allgemeine und gemeinrechtliche Regeln aufstellen ließen. Die Gerichte hingegen und namentlich die höchsten Obergerichte durften nicht zweifeln; sie mußten und konnten Recht sprechen. Ihnen wurde durch das Verhältniß des Königs oder Kaisers zu seinen Vasallen und ihren Unterthanen als seinen Unterthanen, und durch das Verhältniß des Reichs- und gemeinen Rechtes zu den verschiedenen Landes-, Standes-, Orts- und anderen Rechten, auch, wo es nicht durch Gesetze, wie im teutschen Reiche, ausdrücklich bestimmt war, die Regel für die Beurtheilung der Rechtsstreitigkeiten von Personen aus verschiedenen Rechtsgebieten des Reiches dargeboten und vorgeschrie-

121) Pütter im Archiv Bd. 37, S. 406 flg.

Digitized by Google

den, und die ihnen untergeordneten Gerichte der einzelnen Länder, Städte u. s. w. haben ihre Weise und Beweise angenommen. So kam im teutschen Reiche während des 16. und 17. Jahrhunderts zur Anwendung: 1) das statutum personale, wie es durch Orts-, Standes- oder Landesrecht und gemeines Recht bestimmt war, in Betreff der Ehre und Freiheit, des Standes und der Rechtsfähigkeit, der Handlungsfähigkeit und des Familienrechtes und Erbrechtes zunächst der beweglichen Sachen; 2) das statutum reale, wie es durch das Orts-, Land- oder Lehnrecht u. s. w. bestimmt war, in Betreff aller Grundstücke und der erblosen und herrenlosen Sachen, daß sie dem betreffenden Fiscus heimfallen, und in Ansehung der beweglichen Sachen, welche der Fremde hier erwirbt, besitzt, veräußert u. s. w.; 3) die Regel: locus regit actum in Betreff der Formen der Verträge und letztwilligen Verfügungen, des Gerichtsverfahrens und der rechtskräftigen Urtheile aller (competenten) rechtlich zuständigen Gerichte. Indessen fand doch ein Unterschied in dem Verfahren der Reichsgerichte und dem der Landesgerichte statt. Die Reichsgerichte nämlich wendeten diese Grundsätze durchgängig und allgemein auch auf ausländische Fremde, Sachen und Rechtsgeschäfte und Urtheile an; hingegen die Gerichte der Fürsten, Grafen, Herren und freien Städte pflegten auch alle fremden Teutschen oder Nichtunterthanen ihrer Obrigkeit wie ausländische Fremde zu behandeln, sie dem Heimfalls-, Strand-, Grundruhrrechte u. s. w. zu unterwerfen, und auch die Gesetze und Statuten wie die Rechte und die Hoheit der anderen teutschen Fürsten und Stände als fremde, ausländische zu betrachten, und daher, wo sie ihren Statuten widersprachen, besonders in den Streitigkeiten ihrer Unterthanen über auswärts eingegangene Verbindlichkeiten — Inhalt der Rechtsgeschäfte (über die Rechtsgiltigkeit auswärts in hiesigen Formen eingegangener Rechtsgeschäfte, über hier befindliche Sachen und hier zu erfüllende Verbindlichkeiten), über Vererbung hier befindlicher beweglicher Sachen u. s. w. auszuschließen. Die Zweifel und Streitigkeiten der teutschen Rechtslehrer über die Fragen, ob sich das Personalstatut und das Realstatut, wie das statutum mixtum über die Grenzen des Statutes oder des Statuirenden hinaus erstrecke und inwiefern, erklären sich hinreichend aus diesen verschiedenen Verhältnissen und Auffassungen, denn man hat offenbar zweierlei wesentlich verschiedene Principien durcheinander gemengt, welche beide fast gleichweit von den wahren — des ausgebildeten Staats- und Völkerrechtes — abweichen. Die Anwendung der angeführten Rechtsregeln von Seiten der teutschen Reichsgerichte auf alle, auch die ausländischen, französischen, englischen u. s. w. Fremden und Rechtsgeschäfte wäre nur dann zu rechtfertigen gewesen, wenn das heilige römische Reich, dessen höchste und Obergerichte sie waren, nicht blos die teutsche Nation, sondern, wie die Kirche, alle christlichen Völker und Länder als Provinzen umfaßt hätte. Die alten Civilisten schrieben dem Kaiser wirklich eine allgemeine Weltherrschaft (dominium mundi) zu, und wenn sie gleich

Digitized by Google

ſahen und manche auch einſahen, daß er ſolche Oberherrſchaft nicht habe, ſo waren doch Alle überzeugt, daß das gemeine kaiſerliche Recht wie das kanoniſche und päbſtliche als Recht und Geſetz für die ganze Chriſtenheit gelten müſſe und ſolle, und daß die abweichenden Landesrechte, auch der anderen Völker, nur dem gemeinen kaiſerlichen Rechte untergeordnete Particularrechte, zum Theil auch ſchlechte Gewohnheiten wären. Außer dieſer, jetzt als irrthümlich erkannten Anſicht, in welcher ſie aber dadurch weſentlich beſtärkt wurden, daß in den benachbarten Ländern, mit welchen der lebhafteſte Verkehr ſtattfand, in Italien, Frankreich und den Niederlanden das Corpus iuris civilis meiſtens als Geſetzbuch, überall als Naturrecht oder Vernunftrecht (ratio scripta, raison écrite) anerkannt war, hat wohl auch der Umſtand auf die Zulaſſung und Anwendung der fremden Rechte und Geſetze wie teutſcher Particularrechte in den Reichsgerichten mitgewirkt, daß es kaum ein fremdes Geſetz und Recht geben mochte, welches nicht auch in irgend einem teutſchen Lande oder Gebiete ſich vorgefunden hätte. Im Gegenſatze und Widerſpruche mit der gemeinrechtlichen Theorie pflegten die Landesgerichte, wie ſchon bemerkt wurde, die fremden teutſchen Unterthanen anderer Fürſten und Stände und die fremden teutſchen Statuten wie ausländiſche anzuſehen und zu behandeln, woran ſie durch die Reichsgerichte wenig verhindert wurden. Denn ſie waren großentheils gegen die Abberufung der Proceſſe an ein kaiſerliches Gericht durch privilegia de non avocando, die größeren und mächtigeren Stände auch gegen die Berufung an die Reichsgerichte durch privilegia de non appellando geſchützt, und alle Kurfürſten, Fürſten und Stände wurden nicht nur in ihren alten, wohlhergebrachten, rechtmäßigen und billigen Gebräuchen durch die peinliche Gerichtsordnung Karl's V. und bei jeder Gelegenheit geſchützt, ſondern erlangten bald auch die Geſetzgebung und faſt die ganze Staatsgewalt. Daher hielten ſie auch meiſtens an ihren alten Strand-, Grundruhr- und allen ſolchen hergebrachten Rechten feſt, obgleich die peinl. Gerichtsordnung Art. 218 dieſe aufgehoben hatte, und milderten ſie ſpäter ein weniges. Nachdem dann im weſtphäliſchen Frieden (Osnabr. Friedensinſtrument Art. 8, §. 1) den Ständen nicht nur alle wohlhergebrachten Rechte, ſondern auch die freie Ausübung der Landeshoheit — superioritas territorialis — (im franzöſiſchen Entwurfe: souveraineté) mit dem Rechte des Krieges und des Bündniſſes mit auswärtigen Staaten beſtätigt und zugeſichert worden war, wurde der rechtliche Unterſchied zwiſchen dem Verhältniſſe der teutſchen Länder und Landesherren zu einander und gegen die fremden ausländiſchen Fürſten und Völker von den Landesgerichten und den Juriſten immer mehr vergeſſen und außer Acht gelaſſen, während die Reichsgerichte nach wie vor alle teutſchen Fürſten und Herren als Unterthanen, ihre Landesrechte und Geſetze als statuta provincialia betrachteten und bezeichneten, auch möglichſt ſo behandelten. Die Verwirrung mußte natürlich immer größer werden, wenn man nun allgemeine Regeln für die Beurtheilung der Rechts-

Digitized by Google

ſtreitigkeiten aller Fremden und über alle fremde Rechtsgeſchäfte und Rechte ſuchte und aufſtellte, welche dem teutſchen Reichsrechte und allen teutſchen Particularrechten und allen ausländiſchen Reichs- und Particularrechten entſprechen oder auch nur in ſog. Colliſionsfällen zwiſchen dieſen verſchiedenen und verſchiedenartigen Rechten und Rechtsgebieten maßgebend ſein ſollten. Letzteres wenigſtens war die Aufgabe, welche ſich die Civiliſten des 17., 18. und 19. Jahrhunderts geſtellt und nach ihrer Meinung gelöſt haben, wenn ſie für irgend einen, ihnen als allgemeines Rechtsgeſetz oder doch ſehr nützlich erſcheinenden Satz die Belege aus dem Reichsrechte, für einen anderen aus teutſchem Particularrechte, für einen Dritten aus den Schriften italieniſcher oder franzöſiſcher und beſonders niederländiſcher Schriftſteller zuſammengebracht, oder auch nur, wie Hert, blos ihre Lehrſätze aufgeſtellt und an ſelbſterdachten Fällen erläutert hatten. Dieſe Lehren der ſämmtlichen teutſchen und fremden Civiliſten von Bartolus bis auf Schäffner hat Wächter in ſeiner Abhandlung über die Colliſion der Privatrechtsgeſetze verſchiedener Staaten[122]) geſammelt, beurtheilt und dadurch beſeitigt, daß er ihnen das allgemeine und von Allen anerkannte Rechtsgeſetz entgegengehalten hat, daß jeder Richter nach den Geſetzen ſeines Landes zu urtheilen hat, fremde Geſetze nur dann und ſoweit anwenden ſoll, als das Landesgeſetz es anordnet oder deſſen Geiſt und Sinn es fordert. Ungeachtet hiernach das Suchen nach Einem civilrechtlichen Geſetze für die Anwendung fremdherrlicher Geſetze als ſolcher vergeblich erſcheint, ſo haben doch noch Savigny[123]) und Pfeiffer[124]) ein civilrechtliches Princip über die Colliſion der Geſetze verſchiedener Staaten aufzuſtellen geſucht. Savigny beſtimmt[125]) für die Colliſion der Geſetze verſchiedener Staaten ſowie der Statuten eines und deſſelben Staates als gemeinſame Aufgabe: „daß bei jedem Rechtsverhältniſſe dasjenige Rechtsgebiet aufgeſucht werde, welchem dieſes Rechtsverhältniß ſeiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen iſt — um nach dem Geſetze dieſes Rechtsgebietes über dies Rechtsverhältniß zu urtheilen, wenn nicht ſtreng verbietende Geſetze entgegenſtehen.“ Das allgemeine Rechtsgeſetz, daß jeder Richter nur nach den Geſetzen ſeines Staates richten dürfe, will er dadurch beſeitigen, daß er eine völkerrechtliche Gemeinſchaft der ſouveränen Staaten behauptet, kraft welcher die fremden Geſetze in manchen Rechtsverhältniſſen von den einheimiſchen Gerichten zur Anwendung zu bringen ſeien. Pfeiffer glaubt zur Schöpfung ſeines Principes des internationalen Privatrechtes und zur Widerlegung Wächter's und Savigny's und auch des europäiſchen und des teutſchen Rechtes und

122) Im Archiv f. civil. Praxis Bd. 24, S. 230 flg. Bd. 25, S. 1 flg., 161 flg., 361 flg.
123) Syſt. des röm. Rechtes Bd. 8.
124) Das Princip des internationalen Privatrechtes. Stuttgart 1852.
125) A. a. O. §. 348, beſonders S. 27 flg.

Digitized by Google

Gerichtsgebrauches nichts weiter zu bedürfen als des Rechtsgrundsatzes, daß jeder Richter nach denjenigen Gesetzen zu urtheilen habe, worauf er verpflichtet ist, und des argumentum a maiori ad minus. Er erklärt sein Princip: „Der Richter hat auf alle seiner Cognition unterzogenen Rechtsverhältnisse einzig und allein das Recht seines Landes (Bezirkes oder Ortes) anzuwenden, ohne Rücksicht auf die Subjecte und Objecte, sowie fernerhin auf die verschiedenen örtlichen Bezüge, welche dabei zur Frage und Sprache kommen," — für ein schlechthin ausnahmsloses — „Axiom". Demgemäß bestreitet er Wächter's Theorie, daß der Richter auch fremde Gesetze anwenden dürfe und solle, wenn sein Landesgesetz entweder in ausdrücklichen Worten oder dem Sinne und Geiste nach es verordne, als unbegründet, da die allgemeinen Landesgesetze, wenn sie nicht selbst Ausnahmen festsetzen, für Alle und Alles gälten, worüber der Richter zu richten habe, und als zu unbestimmt, da Sinn und Geist des Gesetzes, welcher nicht durch logische Interpretation gefunden werde, der Willkür Thür und Thor öffne. Auch sucht er zu zeigen, daß die Ausnahme, welche Wächter von der allgemeinen Regel machen wolle, nicht hinreiche, um die Anwendung fremdherrlicher Gesetze, wie sie das gemeine teutsche Recht zulassen solle, zu begründen und zu rechtfertigen. — Selbst der Anwendung derjenigen Regeln, welche über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener teutscher Staaten von den Civilisten aufgestellt worden sind, stehen heutzutage wegen der völlig veränderten Verhältnisse wichtige Bedenken entgegen[126]). So lange das teutsche Reich bestand, war ihre Anwendung unbedenklich, ebenso wie sie noch jetzt unbedenklich ist hinsichtlich der Collision der Statuten eines und desselben Staates. Denn wenn auch das teutsche Reich in viele kleinere Territorien zerfiel, deren Inhaber größtentheils die Landeshoheit, welche alle Rechte der Staatsgewalt in sich begriff, hatten, so waren doch diese verschiedenen Territorien nur Bestandtheile Eines Reiches, die Landeshoheit der teutschen Reichsstände war der Reichsgewalt untergeordnet; dieselben waren nicht souverän; das sie umschlingende Band war ein staatsrechtliches, kein völkerrechtliches. Allein durch die Auflösung des teutschen Reiches sind die bisherigen Reichsstände und Lande zu selbstständigen Staaten, ihre Fürsten u. s. w. zu wirklich souveränen Herren und Gesetzgebern erhoben worden. Damit ist nicht nur ihr gegenseitiges Verhältniß zu einander, sondern auch ihr Recht den Unterthanen der anderen teutschen Fürsten u. s. w. gegenüber wesentlich verändert, aus einem staatsrechtlichen oder reichsrechtlichen ein völkerrechtliches geworden, und auch im teutschen Bunde, welcher sich ja für einen völkerrechtlichen Verein erklärt, geblieben. Nun hat man zwar oft und nachdrücklich gesagt, daß das gemeine teutsche Civilrecht in allen teutschen, nun selbstständigen Staaten und Gebieten, wo es nicht ausdrücklich aufgehoben und durch Landesgesetzbücher ersetzt

126) Vgl. Pütter im Arch. f. civil. Praxis Bd. 37, S. 57 flg.

Digitized by Google

worden ist, seine ganze und volle Giltigkeit behalten habe; allein so richtig dies auch in Ansehung des eigentlichen Civilrechtes, d. h. des bloßen bürgerlichen oder Privatrechtes, und etwa des Criminalrechtes in jedem Lande gemeinen Rechtes sein mag, so läßt sich doch nicht behaupten, daß auch das Fremdenrecht vor der Umwandelung der teutschen Reichslande oder Provinzen in selbstständige Staaten gar nicht berührt worden wäre. Denn, wenn man auch davon absehen will, daß das gemeine teutsche Civilrecht auch in denjenigen teutschen Staaten, welche noch keine Gesetzbücher haben, jetzt nicht mehr von Reichswegen, sondern blos und allein von Staatswegen, d. h. deshalb gilt, weil die Staatsgewalt es gelten lassen will und daß daher das gemeine teutsche Civilrecht, wie es sich durch die Rechtsgelehrten und durch die Gerichte anderer Staaten entwickelt und fortbildet, in jedem Lande immer nur so und insofern gelten kann, als es mit seinem mehr oder minder eigenthümlichen Landesrechte und Gesetze übereinstimmt, so hat doch das alte Reichsbürgerrecht aller Teutschen in allen Reichslanden und damit nicht nur jeder rechtliche Anspruch auf Schutz, Aufenthalt im Lande, Niederlassung u. s. w., welcher sich etwa darauf gründen und mit Hilfe der Reichsgerichte durchführen lassen mochte, sondern auch die Anwendbarkeit des gemeinen teutschen Civilrechtes als (nun nicht mehr allgemeinen teutschen) Reichscivilrechtes auf fremde Teutsche (als nun Nichtbürger) gänzlich aufgehört. Die fremden Teutschen sind jetzt in rechtlicher Beziehung in allen teutschen Ländern ebenso Ausländer, wie Nichtteutsche und haben, wie diese, nur diejenigen Rechte, welche die einzelnen Staaten durch Gesetze oder Verträge ihnen eingeräumt haben. Allerdings haben die souveränen Fürsten und freien Städte Teutschlands sich vereinigt, außer den auf die Feststellung des teutschen Bundes gerichteten eilf Artikeln in der Bundesacte auch eine Reihe besonderer Bestimmungen zu treffen, wodurch die Rechtspflege und Verfassung geregelt und die Rechte einzelner Personen und Familien festgestellt, auch allen Unterthanen aller teutschen Bundesstaaten in allen Gebieten gewisse Rechte zugesichert werden: z. B. das Recht, Grundeigenthum zu erwerben und zu besitzen, in ein anderes teutsches Land wegzuziehen, in dessen Militär- oder Civildienste zu treten, und Freiheit von aller Nachsteuer. Diese Rechte sind aber weder ein allgemeines Bundesbürgerrecht, noch auch nur Grundlage und Anfang eines solchen. Denn in dem Rechte, Grundeigenthum zu erwerben und zu besitzen, ist nicht das Recht enthalten, auf diesem Grundeigenthum zu sitzen, sich aufzuhalten; dieses muß noch besonders erworben werden; das Recht des freien Wegziehens ist durch die Erlaubniß der Niederlassung in dem anderen teutschen Staate bedingt; der Civil- oder Militärdienst giebt nicht in allen teutschen Staaten Bürger- oder Heimathsrecht. Diese Vorrechte der fremden Teutschen sind mithin nur einzelne Ausnahmen von dem strengsten Fremdenrechte, welche die teutschen Souveräne durch Gesetz, Privilegium u. s. w. oder durch Verträge mit ausländischen Souveränen

Digitized by Google

auch auf andere Ausländer erstrecken können und theilweise erstreckt haben. Es ist bekannt und nicht besonderen Beweises bedürftig [127]), daß die teutschen Landesherren seit 1806 sich als souveräne Herren [128]) einander und den Unterthanen anderer teutscher wie fremder Staaten als Fremden gegenübergestellt und bis auf den heutigen Tag nichts weniger gewollt haben, als daß ihre Landesrechte und Gesetze als teutsche Particularrechte und ihre Staaten als teutsche Provinzen betrachtet und behandelt werden. Ist aber das Verhältniß der teutschen Staaten gegen einander, sowie zu anderen souveränen Staaten und Völkern ein rein völkerrechtliches, so müssen die allgemeinen Grundgesetze des praktischen europäischen Fremdenrechtes auch für die teutschen Staaten und für die fremden Teutschen in derselben gelten. Gegen diese Behauptung und deren Begründung könnte man zuvörderst einwenden, daß Teutschland ja auch sein eigenes Fremdenrecht haben könne — was nicht zu bestreiten ist, und daß es sein althergebrachtes Fremdenrecht recht wohl behalten könne, da die teutschen Landesherren und Gerichte schon zur Zeit des teutschen Reiches die ausländischen Fremden wie Teutsche, und die teutschen Landesrechte und Statuten wie ausländische Gesetze behandelt haben; denn es könne den teutschen Staaten nur zur Ehre und zum Vortheile gereichen, wenn sie selbst die ausländischen Fremden ihren eigenen Unterthanen in allen Privatrechten gleichstellten und behandelten, während sie durch die strenge Behauptung der Souveränetät selbst gegen die übrigen teutschen Staaten jeden möglichen Schaden an ihrer Selbstständigkeit u. s. w. vermieden. In der That ließe sich nichts dagegen einwenden, wenn die teutschen Staaten entweder dieses alte teutsche Reichsrecht für ihr und ihrer Landesrechte und Gesetze gegenseitiges Verhältniß, wie für die gegenseitigen Verhältnisse ihrer Landesparticularrechte, Provinzial- und städtischen Statuten u. s. w. und ihrer Unterthanen aus diesen verschiedenen Rechtsgebieten, oder wenn sie das Reichsrecht für die letztgenannten — innerstaatlichen Gesetze und Rechtsverhältnisse und die andere mehr völkerrechtliche Weise für das gegenseitige Verhältniß und Verhalten ihrer verschiedenen Landesrechte und Gesetze zu einander und ihrer Gerichte zu den fremden Unterthanen gelten lassen und einführen wollten. Sie sind dazu nach den allgemeinen Grundsätzen und Gesetzen des praktischen europäischen Völker- und Fremdenrechtes vollkommen berechtigt, und haben auch die dringendste Veranlassung, irgend eine solche Bestimmung, sowohl jeder einzelne für sich oder auch gemeinschaftlich zu treffen. Aber die bisherige civilistische Doctrin und Praxis kann und darf nicht beibehalten werden. Sie kann nicht beibehalten werden, weil sie die verschiedenartigen Rechtsverhältnisse der eigenen

---

127) Einzelne Thatsachen giebt Pütter a. a. O. S. 60 flg.

128) Die Bundesacte v. 8. Juni 1815 im Eingange und Art. 1 spricht selbst von souveränen Fürsten und freien Städten Teutschlands.

Digitized by Google

Particularrechte zu einander und zu den fremden Landes- und Particularrechten und der zu diesen verschiedenartigen Rechten und Rechtsgebieten angehörigen Personen, Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse so sehr durch einander gemengt hat, daß die civilrechtlichen Grundsätze über die Geltung des statutum personale, reale und mixtum gar nicht mehr festzustellen, sondern seit langer Zeit von jedem Schriftsteller anders bestimmt oder gedeutet sind, ja daß eine völlige Sprachverwirrung unter den Gelehrten eingetreten ist, indem sie unter statutum personale, reale, mixtum nicht sowohl die lex, sententia, privilegium, de persona, re, actu statuens verstehen, als auch unter statuta personalia die sämmtlichen Gesetze, welche am Wohnorte einer gewissen Person, unter statuta realia die, welche am Orte, wo eine gewisse Sache liegt, unter statuta mixta die, welche da gelten, wo eine gewisse Handlung vorgekommen ist, während bis zu Ende des vorigen Jahrhunderts nur der erstgenannte, allein sprachrichtige Sinn mit diesen Ausdrücken verbunden worden ist. Die bisherige civilistische Doctrin und Praxis darf aber auch nicht beibehalten werden, weil die Anwendung der unrechten Rechtsgrundsätze oder Gesetze, z. B. der für das gegenseitige Verhältniß der Rechte verschiedener Staaten geltenden auf das Verhältniß der verschiedenen Particularrechte eines und desselben Staates unrecht und rechtswidrig ist und den Parteien den größten Schaden bringen kann. Im allgemeinen ist diese Doctrin und Praxis aber wirklich auch nicht beibehalten worden: weder hat der teutsche Bund sich darüber geeinigt und ausgesprochen, noch haben die teutschen Gesetzbücher sie aufgenommen, und die teutschen Gerichte, selbst diejenigen, welche nach gemeinem teutschen Civilrechte erkennen, befolgen sie in der Regel auch nicht. Daß der teutsche Bund in der Bundesacte Art. 18 nur einzelne Rechte der Teutschen in ihrem Vaterlande und in anderen teutschen Staaten beigelegt hat, ist oben bemerkt worden und allgemein anerkannt. Dagegen hat man in den Gesetzbüchern und in den Verträgen mehrerer teutscher Staaten über gegenseitige Rechtshilfe die civilistische Doctrin wieder zu finden geglaubt. Aber das bayerische Landrecht (Cod. Maxim. civ. Lib. I. cap. 2. §. 17.) hat die Befolgung des statutum personale, reale und mixtum für die Rechtsstreitigkeiten der bayerischen Unterthanen aus seinen verschiedenen Rechtsgebieten vorgeschrieben, welche zur Zeit des teutschen Reiches, wie bemerkt wurde, auch für die Reichsunterthanen aus verschiedenen Territorien stattfinden sollten und mußten, da diese, nach der Bemerkung von Kreittmayr hierzu, vom Reiche wie Provinzen betrachtet, ihre Landrechte als statuta provincialia behandelt wurden. Das preußische Landrecht enthält in der Einleitung §. 22 — 35, 41 mehrere von der civilistischen Doctrin entlehnte, unbestimmt allgemeine und daher auch unbrauchbare Vorschriften; allein obgleich es im §. 34 bestimmt, daß auch die Unterthanen fremder Staaten nach denselben Regeln, wie die eigenen Unterthanen aus verschiedenen Provinzen, beurtheilt werden sollen, so wird doch dieser

Digitized by Google

Fehler, wenigstens soweit er der Rechtssicherheit in Preußen gefährlich wurde, verbessert durch §. 35. — Doch wird ein Fremder, der in hiesigen Landen Verträge über daselbst befindliche Sachen schließt, in Ansehung seiner Fähigkeit zu handeln, nach denjenigen Gesetzen (heimischen oder preußischen) beurtheilt, nach welchen die Handlung am besten bestehen kann. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch I. Hauptst. §. 33—37 weicht von aller rechtlichen Doctrin und Praxis ab, und das im J. 1811 für die Fremden beibehaltene Personalstatut der Fremden ist noch das am wenigsten Auffallende und Willkürliche. Das badische Landrecht Art. 3 spricht seine unbedingte Herrschaft über alle Badener und über alle gerichtlichen und Rechtsgeschäfte auch der Fremden in Baden aus. Die teutsche Wechselordnung Art. 84 sagt: „Die Fähigkeit eines Ausländers, wechselmäßige Verpflichtungen zu übernehmen, wird nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, welchem derselbe angehört. Jedoch wird ein nach den Gesetzen seines Vaterlandes nicht wechselfähiger Ausländer durch Uebernahme von Wechselverbindlichkeiten im Inlande verpflichtet, insofern er nach den Gesetzen des Inlandes wechselfähig ist." Für den Fall, wenn ein Ausländer, z. B. ein Mailänder, welcher in seiner Heimath nicht wechselfähig, in Frankreich, nach dessen Gesetzen er wechselfähig ist, einen Wechsel ausgestellt hat und in Leipzig vor Gericht gezogen wird, ist dadurch kein Gesetz gegeben. Dem einfachen Wortsinne nach sollte dieser Mailänder vom Leipziger Gerichte freigesprochen werden; er wird aber sicherlich verurtheilt, wenn es an keinem, nach französischem oder nach teutschem Rechte wesentlichen Erfordernisse fehlt. Er wird auch gar nicht auf seine Unfähigkeit nach mailändischem Rechte sich zu berufen wagen, weil er sonst auch als Betrüger zur Rechenschaft und Strafe gezogen werden würde. Auf die Staatsverträge über gegenseitige Rechtshilfe, welche Württemberg mit Bayern 1821, Baden 1826, Hohenzollern-Sigmaringen und Hechingen 1827, und welche Preußen mit Braunschweig 1841 und mit den sächsischen Staaten 1824—1845 und diese mit einander 1831—1848 geschlossen haben[129]), scheint die civilistische Doctrin und Praxis einen bedeutenderen, freilich meistens abstoßenden Einfluß geübt zu haben. Denn es finden sich zwar verschiedene Stücke aus den widersprechenden Doctrinen in denselben und in verschiedenen Verträgen; aber man hat offenbar weder die einen, noch die anderen annehmen, sondern vielmehr alle ausschließen wollen, indem man die Collision der verschiedenen Landesgesetze und ihre Particularrechte durch eine ganz andere, neue und eigenthümliche Bestimmung zu beseitigen suchte, nach welcher die Unterthanen jedes Souveräns stets von seinen Gerichten nach seinen Gesetzen beurtheilt werden sollen und wodurch daher ebensosehr die Unabhängigkeit der Souveräne gewahrt, als die

129) Vgl. Krug, Internationalrecht der Teutschen, Leipzig 1851, wo diese Verträge in drei Familien zusammengestellt sind.

Digitized by Google

Verwirrung verhindert zu werden schien, welche in der Rechtspflege möglich ist, wenn der Richter nach fremden, ihm unbekannten Gesetzen urtheilen soll. Es wurde nämlich der ganzen Uebereinkunft im Art. 5 die Regel zum Grunde gelegt: actor sequitur forum rei, d. h. jeder Fremde wie jeder Einheimische kann nur bei seinem Richter in seinem Wohnsitze verklagt werden, wenn nicht ein besonderer Gerichtsstand für einzelne Klagsachen in dem Vertrage anerkannt oder bestimmt ist. Als solche besondere Gerichtsstände sind aus dem gemeinen teutschen Rechte beibehalten: der Gerichtsstand der Widerklage, der Provocation, der Erbschaft, des Concurses, dann der gelegenen Sache in Ansehung aller dinglichen und aller mit dem Grundbesitze zusammenhängenden persönlichen Klagen, der Erbschaft, des Arrestes (jedoch nur, wie gegen Einheimische), des Contractes am Geschäftsorte oder am Erfüllungsorte, wenn der Schuldner dort sich befindet, der geführten Verwaltung und des Hauptprocesses für die Intervention. Ausdrücklich ausgeschlossen und verboten ist die freiwillige Unterwerfung eines Unterthans unter die nach dem Vertrage nicht zuständige Gerichtsbarkeit des anderen Staates. Die von den hiernach zuständigen Gerichten des einen Staates gefällten Erkenntnisse sollen auch von den Gerichten des anderen Staates wie diejenigen der eigenen Landesgerichte vollstreckt werden. Die Abweichungen im einzelnen erscheinen gegen diesen Grundgedanken ebenso unbedeutend als zufällig, und würden die längst als wünschenswerth und nothwendig erkannte Vereinbarung zwischen den nördlichen und südlichen Staaten des teutschen Zollvereines gewiß nicht verhindert haben. Der Grund, weshalb noch keine solche Vereinbarung zu Stande gekommen ist, obschon die Grundlage der nordteutschen und südteutschen Staatsverträge dieselbe ist und alle nach dem Muster des ersten württemberg-bayerischen Vertrages geschlossen sind, liegt weder in der Verschiedenheit des südteutschen und nordteutschen Rechtes, da das württembergische Recht von dem bayerischen und badischen mindestens eben so verschieden ist, wie das preußische vom sächsischen und braunschweigischen, noch in der Eifersucht der Könige oder deren Besorgniß, an Ehre und Unabhängigkeit etwas zu verlieren dadurch, daß einer dem anderen in dieser oder jener Bestimmung nachgäbe, da man sich beiderseits nachgeben und vergleichen könnte. Man hat den bisherigen Zustand der Collision und Confusion der Rechte in der alten civilistischen Doctrin und Praxis dieser neuen Vereinbarung und Ordnung der Rechtspflege nicht mit Unrecht aus folgenden Gründen vorgezogen. Der erste Grund liegt in der weiten Entfernung der südlichen und westlichen bayerischen, württembergischen und badischen Lande und Gerichte von den nordöstlichsten preußischen, welche der Rechtsverfolgung der Fremden bei ihrem heimischen Gerichte schon an sich sehr hinderlich ist. Der zweite Grund ist der, daß der fremde Richter über das hiesige Rechtsgeschäft und Rechtsverhältniß nur in Betreff der Form nach hiesigem Rechte entscheidet, in Ansehung seines rechtlichen Gehaltes und Erfolges, sowie

Digitized by Google

in Betreff der Rechtsgeschäftsfähigkeit des Schuldners nach seinem fremden Landes-, Standes-, Provinzial-, Stadt-, Dorfrechte, Privilegien u. s. w. Da nun die meisten teutschen Länder, namentlich auch Bayern und noch mehr Preußen eine Menge solcher Particularrechte haben, welche nur wenige Richter und Rechtsanwälte kennen, so müßte jeder irgend vorsichtige Mann sich bedanken, mit einem Manne, dessen Recht er nicht kennt und nicht können lernen kann, ein irgend erhebliches Geschäft einzugehen, woraus eine Forderung und eine Klage entstehen könnte. Nach dem jetzigen Rechte sind die weite Entfernung des fremden Gerichtes und die Ungewißheit, ob es das hier wohlerworbene Recht anerkennen werde und könne, fast nach allen teutschen Rechten genügende Gründe zur Anlegung des Arrestes und des Arrestprocesses gegen den Fremden, seine Sachen und Forderungen, und wo dieses nicht der Fall ist, kann der Fremde sich doch freiwillig dem hiesigen Gerichte und Rechte unterwerfen. Ein dritter, nicht sowohl von der Nützlichkeit und der Beschwerlichkeit für die Unterthanen, im Gegensatze zur Bequemlichkeit der Regierungen und der Gerichte entlehnter, als vielmehr das wirkliche (materielle) Recht und die Gerechtigkeit selbst angehender Grund ist der, daß der Staat und das Gericht von Rechtswegen verpflichtet ist, den Unterthan und den Fremden (als zeitigen Unterthan) in dem Rechte, welches derselbe in seinem Gebiete unter der Herrschaft seiner Gesetze nach diesen Gesetzen wohl erworben hat, zu schützen, wie es nach diesen Gesetzen ist, daß er also über solche in seinem Gebiete eingegangenen Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse entweder dem Landesgerichte nach dem Landesrechte zu erkennen anbefehlen, oder bedingen muß, daß der andere Staat seine Gerichte nach diesem selben Rechte und Gesetze erkennen heiße, worunter und wonach das Rechtsgeschäft und Rechtsverhältniß eingegangen worden ist. Dem Rechte und der Gerechtigkeit würde es viel mehr entsprechen, wenn sich die teutschen Staaten zu dem Umgekehrten vereinigten: daß jeder ihrer Unterthanen vor den Gerichten desjenigen Ortes und Landes, wo er ein Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß eingegangen, Recht nehmen und daß ihr eigenes Gericht seines Wohnsitzes u. s. w. deren Urtheile vollstrecken solle. Wollen und können sie dies aber auch nicht, weil ihre Gerichte dann öfters Urtheile zu vollstrecken haben würden, welche mit den Landesgesetzen in Widerspruch ständen, so müssen sie wenigstens gestatten, daß ihre Richter die von Savigny aufgestellte Regel befolgen: „Daß bei jedem Rechtsverhältnisse dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehört und unterworfen ist," und nach dem in diesem Rechtsgebiete herrschenden Rechte erkennen. Durch solche Gestattung würden freilich nicht blos einzelne Ausnahmen von den allgemeinen Landesgesetzen sanctionirt, sondern der Zweifel, ob und inwieweit das Landesgesetz oder ob und welches fremde Recht und Gesetz in jedem Rechtsfalle mit Fremden oder aus der Fremde anzuwenden sein möchte, würde zur

Digitized by Google

allgemeinen Regel und ein Grundsatz zum allgemeinen Gesetze erhoben werden, welcher dem Völkerrechte und dem Rechte des Staates auf sein freies Recht, Souveränetät, Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit u. s. w. eben so stark widerspricht, wie er dem Staatsrechte oder Staatsgesetze der Unterordnung der Provinzen u. s. w. unter die allgemeine Staatsgewalt, ihrer Statuten unter seine Gesetzgebung, ihrer Gerichte unter sein höchstes Obergericht, trefflich entspricht. Können sich aber die teutschen Staaten dazu nicht entschließen und vereinigen, daß fremde Landesrechte und Statuten mit den ihrigen bei ihren Gerichten in Widerstreit treten dürfen und daß dieser Widerstreit nach demselben Gesetze gehoben werden solle, wie die Collision der Statuten ihrer eigenen Provinzen, Städte, Land- und Ortschaften, sondern, wenn sie anderen Staaten gegenüber ihre Souveränetät, die Herrschaft ihres Souveräns und seiner Rechtsgesetze und Gerichte über alle seine Unterthanen, über sein ganzes Staatsgebiet und über alle darin befindlichen Personen, Sachen und Handlungen entschieden behalten und behaupten wollen, so werden sie die neue Doctrin ebenso wenig und noch weniger gut heißen können, als die alte, welche doch auch etwas völkerrechtliches enthielt. Die alte Doctrin ist freilich eben wegen dieser Vermengung und Vereinigung des Völkerrechtlichen mit dem Staatsrechtlichen und Civilrechtlichen so sehr verwirrt worden, daß, wer irgend eine von ihr oder in ihr aufgestellte allgemeine civilrechtliche Regel nach ihrer Lehre als allgemeine Regel annimmt und auf alle Fälle anwendet, welche sie darunter befaßt, wenn nicht immer, doch gewiß meistens unrecht erkennen zu müssen scheint. Allbekannt ist es und wird viel beklagt, daß in den sogenannten Collisionsfällen sowohl zwischen inländischen als zwischen ausländischen Fremden, wie wenn Inländer oder Ausländer über ein in einer anderen Provinz oder über ein in einem fremden Staatsgebiete eingegangenes oder zu erfüllendes oder erworbenes Recht, Geschäft oder Verhältniß streiten, die Erkenntnisse der drei Instanzen gewöhnlich verschieden und auch die für dasselbe Urtheil angeführten Gründe öfters noch viel verschiedener, nicht selten aber sämmtlich ungenügend sind. Allein so schlecht, wie es hiernach erscheinen könnte, ist die Praxis doch nicht. Die meisten Richter folgen weniger dieser verwirrten Doctrin, als vielmehr ihrem natürlichen, durch Unterricht und Uebung ausgebildeten Rechtsgefühl, welches in den einzelnen Fällen oft das Rechte trifft, und fügen erst nachher ihrem Erkenntnisse diese oder jene alte Regel, vielleicht auch eine alte Schrift, welche ihre Deutung derselben billigt, zur Begründung oder zum Beleg ihrer Begründung bei. Solche Belege aber lassen sich eben wegen jener Vermischung des sog. internationalen und interprovinziellen oder des ausländischen und des inländischen Fremdenrechtes in der civilistischen Doctrin für alle möglichen Entscheidungen jedes Falles finden, und wenn etwa bei keinem teutschen Civilisten die betreffende Ansicht ausgesprochen sein sollte, so bieten die altniederländischen, die englischen und nordamerikanischen Rechtssprüche und ju-

Digitized by Google

ristischen Schriftsteller eine sehr reiche Auswahl. Diese weichen zwar von einander und von der teutschen Praxis und Doctrin vielfach ab; sie haben doch aber auch Manches, namentlich die Vermengung staatsrechtlicher, privatrechtlicher und völkerrechtlicher Grundsätze und zwar deshalb mit einander gemein, weil auch das gegenseitige Verhältniß der alten niederländischen Provinzen oder Staaten, der sich im Laufe der Zeit vereinigenden Königreiche von Großbritannien, England und Schottland und Irland, wie der nordamerikanischen Freistaaten, und ihrer Gesetzgebungen oder Statuten zu einander lange Zeit unbestimmt, unklar und schwankend gewesen ist. Die niederländischen Generalstaaten wollten und sollten die höchste Gewalt über alle vereinigten Provinzen oder Staaten haben; aber nicht nur diese nahmen für sich die ganze und volle Staatsgewalt, Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit u. s. w. über ihr Gebiet in Anspruch, sondern auch einzelne Städte behaupteten volle Freiheit, Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit zu haben. Zwischen den nordamerikanischen Freistaaten und ihren theils englischen, theils französischen, theils spanischen, gemeinrechtlichen u. s. w. Statuten besteht bis jetzt ein ähnliches Verhältniß, daß sich nicht sagen läßt, ob den einzelnen Staaten oder der Union die wirkliche Staatsgewalt gebührte. Da aber die allgemeinen Unionsgesetze über die Rückforderung der aus den südlichen Staaten entflohenen Sklaven mit Erfolg aufrecht erhalten worden sind und da ein allgemeiner höchster Gerichtshof für alle nicht politischen, also für alle privatrechtlichen Streitigkeiten errichtet ist, da die Verfassung bestimmt, daß die rechtskräftigen Urtheile jedes amerikanischen Gerichtes in allen Staaten vollstreckt werden sollen, so müssen die einzelnen Rechtsgebiete in die Stellung von Provinzen, und ihre Statuten und Gesetze in das Verhältniß treten, welches die Particularrechte eines und desselben Staates von Rechtswegen zu einander haben. In Großbritannien hat das seit 1707 gemeinschaftliche Parlament das schottische und das altenglische Recht immer als Particularrechte behandelt, seit der Vereinigung Irlands auch das irländische; und wenn die Gerichtshöfe Schottlands noch vor 50 Jahren ihre Urtheile öfters so gefaßt haben, als ob Schottland ein souveränes Volk und Königreich und nicht ein Theil und Glied oder Provinz von Großbritannien, sein Recht kein Particularrecht wäre, und als ob die Engländer wie ausländische Fremde während ihres Aufenthaltes im Königreiche Schottland dessen zeitweilige Unterthanen würden, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß das Parlament die richtige Einsicht und als höchste Staatsgewalt und oberster Gerichtshof das Recht und die Macht hat, ihr Eingang und Geltung zu verschaffen. Diese Rechtsverhältnisse und ihre Entwickelung muß man stets vor Augen haben, wenn man englische Rechtssprüche zu praktischen oder zu wissenschaftlichen Zwecken benutzen will. Sehr lehrreich ist sie und ihre Vergleichung mit der Entwickelung des inländischen Fremdenrechtes in denjenigen teutschen Staaten, welche durch den Pariser Frieden, die Wiener Congreßacte und

andere Verträge ſolche Provinzen erhalten haben, in welchen eigene von dem Rechte des Stammlandes verſchiedene gemeine Rechte galten, wie Preußen, Neuvorpommern und Rügen und Ehrenbreitſtein u. ſ. w., wo gemeines teutſches Civilrecht, die Bergiſchen- und Rheinlande, wo das franzöſiſche Geſetzbuch galt und noch gilt, und wie Bayern die Rheinpfalz mit franzöſiſchem Rechte und Gerichtsverfahren u. a. m. Hier waren namentlich die Rheiniſchen Gerichtshöfe, obgleich auch viele ihrer Mitglieder auf teutſchen Univerſitäten gebildet waren, ſehr geneigt, die alten Provinzen als Ausland, ihr Recht als fremdes Recht, und die Urtheile ihrer Gerichte wie fremdherrliche zu betrachten und zu behandeln. Dies hat ſeinen Hauptgrund wohl darin, daß das franzöſiſche Recht in ſeinem Gebiete ganz und ausſchließlich gelten will, mehr als jedes andere gemeine Recht, namentlich als das gemeine teutſche Civilrecht und das preußiſche und das bayeriſche Landrecht, welche wenigſtens Particularrechte und Statuten gelten laſſen, und denſelben vor ſich ſelbſt den Vorzug geben. Vielleicht hat aber auch die alte Anſicht von dem gegenſeitigen Verhältniſſe der Particularrechte, als ob jedes Rechtsgebiet gegen das andere Ausland wäre, dazu mitgewirkt; denn auch die Gerichte der alten preußiſchen Provinzen haben öfters in dieſem Sinne erkannt, namentlich in Schwängerungsklagen, wo der Widerſtreit der verſchiedenen Rechte am ſchroffſten hervortritt. — Die gegenwärtige gemeinrechtliche Praxis ſeit Auflöſung des teutſchen Reiches iſt mit voller Sicherheit nicht feſtzuſtellen, bevor die Erkenntniſſe aller teutſchen Obergerichte über die ſtreitigen Rechte, Rechtsgeſchäfte und Rechtsverhältniſſe, welche teutſche und ausländiſche Fremde im Inlande, oder ſie oder Inländer im Auslande gehabt, eingegangen, begründet haben, vollſtändig geſammelt oder geſichtet ſind. Unter den zur Zeit veröffentlichten Obergerichtserkenntniſſen beruhen die meiſten auf folgenden, mit den allgemeinen und Grundgeſetzen des teutſchen Staatsrechtes und des europäiſchen Völkerrechtes übereinſtimmenden Grundſätzen[130]): In jedem teutſchen Staate gelten nur die Landesgeſetze und Rechte, Statuten, Privilegien, rechtskräftigen Urtheile, Begnadigungen und Befriſtungen u. ſ. w. für die Unterthanen (namentlich in allen Verhältniſſen und Beziehungen zum Staate, Souverän und Volke), auch in der Fremde und für die Fremden in allen ihren hieſigen Rechten, Rechtsgeſchäften und Rechtsverhältniſſen — ganz und allein als Geſetze. Doch werden die in anderen teutſchen und fremden Ländern nach deren Geſetzen von Inländern oder Ausländern wohlerworbenen Rechte, ſoweit das Landesgeſetz und Landesrecht nicht entgegenſteht, überall anerkannt und geſchützt. I. Das Perſonenrecht 1) der Inländer, auch der im Auslande befindlichen, iſt das inländiſche; es folgt ihnen durch die Welt; 2) der Ausländer iſt hier auch das hieſige Landesrecht:

130) Vgl. Pütter im Archiv f. civil. Praxis Bd. 38, S. 80 flg.

a) Ehre — soweit sie nicht staatlicher Natur und Wirksamkeit ist, sondern privat-civilrechtlich — haben sie: α) allgemein menschliche Freiheit und bürgerliche Rechtsfähigkeit, wie sie die einheimischen Unterthanen dieser Art haben, Teutsche auch zu Grundbesitz (Bundesacte Art. 18. a); β) Standesehre: geistliche und academische Würden, teutsche Officier- und andere Aemter, Adel, Orden, Titel u. s. w. als bloße (äußere Standes*ehren*, wie die inländischen der Inländer, aber „ohne eigentliche Rechte"; Inländer dürfen *keine fremden* Titel und Orden annehmen und führen ohne Genehmigung des Landesherrn; wohl aber Aemter in anderen teutschen Staaten (Bundesacte Art. 18. b. 2). γ) Unehre (infamia) als *Unehrlichkeit* durch schändliche Gesinnung und Handlung (infamia facti) nach hiesigem Landesgesetze; die *Ehrlosigkeit* aber nach Urtel und Recht selbst teutscher Gerichte (infamia iuris) hat als *ausländische* Entehrung *nicht* die rechtliche Wirkung der inländischen — weder für Ausländer noch für Inländer; δ) ebensowenig die Begnadigung und Wiederehrung eines wirklichen Verbrechers von Seiten eines fremden Souveräns; ε) die Strafen, welche ein rückfälliger Verbrecher im teutschen Auslande erlitten hat, werden gemeinrechtlich wie einheimische Bestrafungen angerechnet. b) Die Rechtsgeschäftsfähigkeit (sog. Handlungsfähigkeit) α) innerhalb des Staates folgt dem Landesrechte und Landesgesetze, doch mit der Maßgabe, daß der in seiner Heimath nach dortigem Rechte (Gesetze, Privilegium, venia aetatis) rechtsgeschäftsfähige Fremde überall als rechtsgeschäftsfähig behandelt und verurtheilt wird, wenn er auch nach hiesigem Gesetze *nicht* volljährig und rechtsgeschäftsfähig wäre. Der Fremde *soll* wissen, daß er im fremden Lande unter das *Landesrecht* getreten ist und daß er nach Landesrecht durch seine Rechtsgeschäfte sich verbindlich macht; die Inländer können aber nicht wissen, ob er ein Ausländer und im Auslande unfähig zu Rechtsgeschäften ist. Ehe sie sich mit ihm in *seiner* Heimath in Rechtsgeschäfte einlassen, erkundigen sie sich bei Handelsfreunden, ob man sich mit ihm in solche einlassen könne, und geben ihm keinen Credit, wenn das Landesrecht ihn gegen Verurtheilung zur Zahlung schützt. Aber im Inlande sind sie sicher, da der Fremde und sie hier unter dem Landesrechte stehen. β) Rechtsgeschäfte, welche der Fremde in seiner Heimath abgeschlossen hat, werden nach seinem heimischen Rechte, die von ihm in einem dritten Staate eingegangenen nach dessen Rechte auch in Betreff seiner Rechtsgeschäftsfähigkeit beurtheilt (locus regit actum), und zwar mit derselben Maßgabe (wie zu α), daß der in seiner Heimath rechtsgeschäftsfähige Fremde überall sich rechtlich verpflichtet. Der in seiner Heimath rechtsgeschäftsunfähige Fremde wird *dort*, in seiner *Heimath*, natürlich immer als rechtsgeschäftsunfähige Person betrachtet und geschützt, wenn er aus einem irgendwo eingegangenen Rechtsgeschäfte bei seinem heimischen Richter verklagt wird (siehe 1). γ) Die fremden Minderjährigen und anderen Rechtsgeschäftsunfähigen genießen den Schutz der *Landesgesetze*, wie die ein-

Digitized by Google

heimischen, gegen die Folgen ihrer hiesigen Rechtsgeschäfte. Die Gesetze und Rechte ihrer Heimath und anderer Staaten sind dafür nicht maßgebend, sondern können nur bei den unter deren Herrschaft vorgenommenen Rechtsgeschäften zum Beweise wohlerworbener Rechte oder zu deren Bestreitung in Betracht kommen. Die Civilisten gründen diese Beurtheilung des ganzen Rechtsgeschäftes nach dem Rechte des Geschäftsortes auf die Regel: locus regit actum, ohne den völkerrechtlichen Grund anzugeben, weshalb diese Regel hierbei und so gelten soll, während sie sonst nur auf die Form bezogen wird und als Rechtsgesetz nur im Gebiete des Staates gelten kann, dessen Gesetzgebung oder Statut diese Form an diesem Orte vorgeschrieben hat; die Civilisten sagen, der Fremde habe sich den Gesetzen des betreffenden Landes unterworfen. II. Das Familienrecht 1) der Inländer auch in der Fremde ist und bleibt das inländische Recht; es folgt ihnen, wie die darauf gegründeten Familienrechte, durch die ganze Welt, d. h. sie werden von ihren inländischen Gerichten darnach allein beurtheilt. 2) Die Ausländer im Lande werden ebenfalls nach Landesrecht und Gesetz behandelt: a) bei Eingehung und Auflösung, wie in der Ausübung von Familienverhältnissen und Familienrechten[131]). b) Auswärts wohlerworbene Familienrechte, welche durch amtliche Zeugnisse der Staatsbehörden oder anerkannter Kirchenbehörden bewiesen sind, werden, soweit das Landesrecht und Landesgesetz es gestattet, anerkannt und geschützt, wie die einheimischen ehelichen, elterlichen und Kindesrechte. α) Die persönlichen Rechte der ausländischen Ehegatten, der Eltern und Kinder, der Geschwister gegen einander, auch die durch Legitimation u. s. w. und sonst rechtlich begründeten bestehen fort, werden aber ganz nach hiesigem Landesrechte bemessen. Der fremde Ehemann kann hier über seine Ehefrau und über seine Kinder kein stärkeres Zuchtrecht, etwa auf Grund seines heimischen Gesetzes, in Anspruch nehmen, als das hiesige Landesrecht dem Ehemanne und Vater giebt. Die väterliche Gewalt des Fremden über seine fremden Kinder dauert allerdings, auch wenn sie nach hiesigem Landesrechte etwa mit der Minderjährigkeit erlischt, hier fort; aber nur in seinem Rechtsverhältnisse zu seinen Kindern ist sie fortdauernd zu Recht beständig und wirksam, nicht auch in Beziehung zu dritten Personen, namentlich nicht zu den eigenen Unterthanen dieses Staates. So auch die eheliche Vormundschaft des Ehemannes über die Frau und alle Rechte, welche unmittelbar aus dem heimischen Rechte und Gesetze entspringen. Dies zeigt sich auch β) in den Vermögensrechten. Diejenigen Rechte, welche die Familienglieder an dem mitgebrachten Vermögen mitbringen, werden natürlich als wohlerworbene Rechte geschützt. Allein alle Rechte, welche sie im Inlande erwerben, haben, besitzen und üben, alle Rechtsgeschäfte, welche sie hier mit anderen eingehen, und die Rechtsverhältnisse, in welche sie dadurch

131) S. Pütter, europ. Fremdenrecht §. 35—40.

Digitized by Google

treten, werden hier nach hiesigem Rechte und Gesetze beurtheilt. Nimmt z. B. der volljährige Haussohn in einem Staate, wo die väterliche Gewalt mit der Minderjährigkeit aufhört, ein Darlehn auf und verschwendet das Geld, so hat der Darleiher gegen ihn volles Forderungs- und Klagrecht, wie gegen den einheimischen; der Vater aber ist für ihn zu zahlen nicht verbunden, wenn und weil er kraft seiner väterlichen Gewalt die Verfügung oder doch die Verwaltung über das ganze Vermögen, auch das des Sohnes hat. Dieser haftet mit seiner Person und mit dem Vermögen, welches er im Inlande erworben oder frei besessen hat. So verhält es sich auch mit den Gütern der fremden Ehegatten, über die mitgebrachten besteht das Recht des Ehemannes fort, welches er in der Heimath nach dortigem Rechte und Gesetze wohl erworben hat. Aber für die hiesigen Güter der Frau gilt das fremde Gesetz gar nicht, sondern das hiesige Landesrecht, und ebenso für die hier erworbenen Rechte und für die Verbindlichkeiten, welche sie hier nach hiesigem Rechte giltig übernommen hat. Der Mann braucht von den ihm verfangenen Sachen der Frau nichts herauszugeben; sie selbst aber haftet, wie jede inländische Ehefrau, obgleich das ganze Geschäft ohne Zustimmung des Ehemannes nach ihrem heimischen Rechte nichtig sein würde; namentlich haftet sie auch mit dem Vermögen, welches sie im Inlande vor ihrer Verehelichung besessen und nach hiesigem Rechte, Gesetze oder Statut frei als Sondereigenthum behalten hat, während ihr dortiges Vermögen in jenem anderen Staate vermöge des Statutes des ersten Ehewohnsitzes in die Gütergemeinschaft gefallen, ihrer freien Verfügung entzogen ist. Bei der Uebersiedelung fremder Ehegatten bestehen ihre Rechte, welche sie an ihrem Vermögen jeder für sich oder gegenseitig oder gemeinschaftlich vermöge des heimischen Gesetzes erworben haben und besitzen, auch im Inlande fort, aber nicht die Gewalt des Gesetzes jenes fremden Staates, sondern für die hier erworbenen Sachen gilt das hiesige Gesetz[132]). Nach der alten civilistischen Doctrin sollte das Statut des ersten Ehewohnsitzes in allen Ländern, wo die Ehegatten Vermögen haben, entscheiden, und innerhalb des teutschen Reiches ließ sich die Ansicht juristisch begründen, weil die verschiedenen teutschen Reichsländer doch Theile Eines Reiches waren. Welche Schwierigkeiten und Uebelstände aber ihre praktische Durchführung gehabt haben würde, sieht man aus den Bestimmungen des preußischen Landrechtes Th. II, Tit. 1, §. 352 flg., daß Ehegatten, welche nach dem Statut des ersten Ehewohnsitzes nicht in Gütergemeinschaft leben, wenn diese an ihrem neuen Wohnorte gilt, in Beziehung zu dritten Personen, mit welchen sie hier in Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse sich eingelassen haben, nach den Regeln der Gütergemeinschaft beurtheilt werden sollen. Nunmehr, nachdem die teutschen Länder souveräne Staaten geworden sind, ist kein Grund aufzufinden, weshalb

132) S. die weitere Ausführung von Pütter, europ. Fremdenrecht §. 46.

Digitized by Google

nicht das allgemeine Fremdenrechtsgesetz auch für die aus einem teutschen Staate in den anderen übersiedelten Ehegatten gelten sollte; denn wollten sie ihr bisheriges Güterrecht beibehalten, so haben sie ja nur nöthig, es durch Vertrag auszumachen und landesgesetzlich zu verlautbaren; jedenfalls kann jeder von beiden seine bisher wohlerworbenen Rechte sich auch für die Zukunft rechtlich sichern und sicherstellen lassen. Die Verbindlichkeit des Schwängerers einer unverleumdeten Frauensperson zur Ernährung und Erziehung des unehelichen Kindes ist eine obligatio ex lege, die Klage eine condictio ex lege. Sie kann daher nach gemeinem teutschen Rechte Keinem zustehen, welcher nicht unter der Herrschaft eines solchen ausländischen Gesetzes oder Statutes erzeugt ist; es kann auch von einem solchen an keinem Orte des Inlandes mit Erfolg geklagt werden, dessen Gesetz oder Statut nicht dem außerehelichen Schwängerer und vermuthlichen Vater diese Verbindlichkeit auferlegt. Particularrechte können alle unehelichen Kinder ihrer Unterthaninnen oder alle solche im Lande geborenen Kinder unter ihren Schutz nehmen, und andere solche Bestimmungen treffen, welche dem gemeinem Wohle angemessen scheinen. Ausländische Vormünder, welche von fremden Obrigkeiten über Minderjährige, Verschwender und andere zur Eingehung von Rechtsgeschäften Unfähige bestellt oder bestätigt sind, haben in den teutschen Staaten nicht mehr Rechte, als in den übrigen europäischen Ländern. Der Zweifel der alten Civilisten, ob nicht wenigstens die von teutschen Obrigkeiten bestellten oder bestätigten Vormünder in allen teutschen Ländern vormundschaftliche Gewalt und Verwaltung hätten, weil der teutsche König oder Kaiser ursprünglich und eigentlich oberster Vormund und Schutzherr aller Unmündigen im ganzen teutschen Reiche war, kann jetzt nicht mehr erhoben werden und ist mit dem Wegfallen jenes Grundes beseitigt, da alle Landesherren seit 1806 souverän und selbst oberste Vormünder sind. Ueber die hier liegenden Grundstücke pflegt eine besondere Vormundschaft bestellt zu werden und wird solche dem ausländischen Vormunde des ausländischen Eigenthümers vertraut, so muß auch dieser die Verwaltung nach dem hiesigen Landesrechte führen, der hiesigen Obervormundschaft sich unterwerfen und ihr Rechnung legen. So ist es Gebrauch und in den Verträgen der südteutschen Staaten Art. 3, 4, 25, 26 flg., 29, in denen der norddeutschen Art. 15 bestimmt. Bewegliche Sachen des Pflegebefohlenen werden nach der Regel seinem Vormunde ausgeantwortet [133]). Die Erklärung für einen Verschwender von Seiten eines ausländischen Gerichtes kann den Verkehr der Unterthanen anderer Staaten außerhalb des Staates, in welchem der Verschwender unter Vormundschaft gestellt ist, nicht beschränken, noch ihre Rechte und Rechtsverfolgung bei ihren inländischen Gerichten beeinträchtigen, weil das ausländische Gericht im Inlande kein Recht zu einer solchen Anordnung oder zu deren obrigkeit-

133) Vgl. Pütter a. a. O. §. 62.

lichen Bekanntmachung als solcher hat, die Landesobrigkeit aber sie nicht zur Nachachtung bekannt gemacht hat. Dieselben allgemeinen Grundsätze gelten, wenn ein Fremder, welcher hier Vermögen besitzt, in Concurs verfällt. So haben die teutschen Staatsverträge Art. 10, Art. 19 flg. das Verfahren geordnet[134]). III. Das Sachenrecht jedes Staates ist auch im gemeinen teutschen Civilrechte unter dem Namen des Realstatutes als das wie für 1) Inländer, so auch für 2) Ausländer ganz und ausschließlich geltende Gesetz über die Erwerbung und Veräußerung, den Besitz und Gebrauch namentlich der unbeweglichen Sachen allgemein anerkannt, so daß hierin keine Abweichung von dem praktisch-europäischen Fremdenrechte behauptet wird[135]). Für die beweglichen Sachen gilt in gleicher Weise das Gesetz des Landes, wo sie sich befinden. Dies wird auch von den neueren Civilisten vollständig anerkannt[136]). Die ausländischen, namentlich die englischen und nordamerikanischen Juristen wollen die Regel: mobilia sequuntur personam, — ossibus inhaerent, welche die teutschen Juristen auf die Universalsuccession beschränken, ganz allgemein geltend machen, weil bewegliche Sachen keine feste Lage hätten (personal property has no locality); aber die englischen und nordamerikanischen Gerichte erkennen über Erwerbung und Veräußerung der in ihrem Bezirke befindlichen beweglichen Sachen nach Landesrecht, lassen aber den Beweis zu, daß dieselben, ehe sie in das Land kamen, im Auslande oder auf der See — etwa durch Connossament oder Kauf u. s. w. von einem Anderen wohl erworben worden. Pütter[137]) macht darauf aufmerksam, daß inländische und ausländische Juristen den im Welthandel üblichen Connossamenten und Certen nicht die gehörige Beachtung widmeten. Er hat den Verkehr durch solche Waarenwechsel[138]) und das Verfahren dargestellt[139]), wenn doppelte Connossamente versandt und eines girirt oder die Waaren vom Consignatar oder Mandatar veräußert sind u. s. w. Die gemeinrechtlichen und statutarischen Rechtsregeln kommen dabei zur Anwendung; sie sind aber allein nicht maßgebend, weil die Connossamente bei allen seefahrenden Völkern im Gebrauche sind und daher für internationales Handelsrecht gelten[140]). IV. Schuldforderungsrecht. Ueber Schuldforderungen erkennt jedes nach seinem Landesrechte zuständige Gericht nach seinem Landesrechte, läßt jedoch jeder Partei den Beweis nach, daß aus einem auch vom Landesrechte anerkannten Rechtsgrunde die Schuldforderung größer oder kleiner oder anders oder gar nicht erworben sei. Zuständige Gerichte sind nach gemeinem teutschen Civil-

134) S. Pütter a. a. O. §. 73.
135) Dieses ist dargestellt bei Pütter a. a. O. §. 64—68.
136) Namentlich von Savigny, Syst. Bd. 8, §. 366.
137) Im Archiv f. civil. Praxis Bd. 38, S. 88 flg.
138) S. Pütter, Fremdenrecht §. 70 flg.
139) Ebd. §. 72.
140) Ueber die dinglichen Rechte an fremden Sachen s. Pütter ebd. §. 74.

Digitized by Google

rechte und nach den Gesetzen der meisten teutschen Staaten: 1) das Gericht des Ortes, wo der Beklagte wohnt (forum domicilii), wo er eine Fabrik, Pachtung oder Grundbesitz (Landsassiatus plenus) oder ein solches ständiges Geschäft hat, gemeinrechtlich nur für die darauf bezüglichen Schuldforderungen (Landsassiatus minus plenus); 2) wo der Beklagte eine Verwaltung geführt (forum gestae administrationis), mit oder ohne Auftrag Geschäfte besorgt und dabei etwas versehen oder daraus etwas zu fordern hat; 3) wo die Verbindlichkeit erfüllt werden soll (forum solutionis s. praestationis); 4) wo die Rechtsverletzung erfolgt ist (forum delicti commissi, auch deprehensionis); 5) wo der Vertrag eingegangen ist (forum contractus), wobei es nach gemeinem Civilrechte freilich streitig ist, ob der Beklagte dort anwesend sein muß; 6) das Gericht, welchem sich die Parteien vertragsweise unterwerfen (forum prorogatum); 7) das Gericht, wo der Gläubiger klagt, für die Widerklage des Schuldners (forum reconventionis); 8) das Gericht, wo gegen den Beklagten Arrest ausgebracht ist (forum arresti), ist gegen Fremde an den meisten Orten auch in der Hauptsache zuständig, wenn es dies auch gegen Inländer nicht wäre oder würde. Die neueren Civilisten [141]) haben diese vielfachen Gerichtsstände mißbilligen und beschränken zu müssen geglaubt, nicht sowohl um dem Kläger die Rechtsverfolgung zu erschweren oder um den Beklagten zu begünstigen, sondern weil viele dem römischen Rechte unbekannt und nicht rechtlich begründet seien, da die Parteien sich durch den Vertrag, indem sie ausmachen oder erwarten, daß die Erfüllung (Leistung) an einem bestimmten Orte geschehe, dem Gerichte und Rechte dieses Leistungsortes unterwürfen. Wenn die eine oder die andere Partei den Beweis unternimmt und erbringt, daß die bedungene Leistung nach dem Rechte des Leistungsortes, wie es dort Gesetz oder Gebrauch ist, geleistet werden solle, so muß allerdings jedes nach dem Rechte seines Landes zuständige Gericht eine solche Uebereinkunft, soweit sie nicht seinem Landesrechte zuwider ist, gelten lassen, sie als rechtsbeständig anerkennen und schützen. Aber daraus allein, daß ein Hiesiger verspricht, an einem fremden Orte etwas zu leisten, folgt noch nicht, daß er nach dem fremden Rechte leisten wolle, da er dasselbe vielleicht gar nicht kennt und es nicht zu kennen braucht, — wie der Inländer, welcher daher allerdings nach demselben leisten soll und muß, wenn es nicht erweislich anders vereinbart ist. Der hiesige Contrahent, welcher hier versprochen hat, ein Haus zu bauen, eine Fabrik anzulegen oder zu leiten, muß, weil er hier unter der Herrschaft des hiesigen Rechtes und unter natürlicher Voraussetzung oder Anerkennung derselben contrahirt hat, nicht nur von dem hiesigem Gerichte nach hiesigem Rechte beurtheilt werden, wenn er wegen Nichterfüllung an seinem Wohnorte verklagt wird, sondern auch das Gericht des fremden Erfüllungsortes muß seinem Einwande stattgeben, daß die

141) Namentlich auch Savigny, Syst. Bd. 8, S. 200 flg.

Digitized by Google

Verbindlichkeit unter und nach seinem heimischen Rechte auf diese demselben entsprechenden Bedingungen eingegangen, das Recht daraus so und nicht anders dort wohlerworben und daher auch hier anzuerkennen und zu schützen sei. Dies geschieht auch alle Tage, indem die Gerichte auf die von Ausländern im Auslande eingegangenen Verbindlichkeiten nicht nur in Betreff der Form, sondern auch in allen übrigen Beziehungen die Regel: locus regit actum anwenden. Sie lassen dieselbe allerdings auch für die Formen ausländischer Rechtsgeschäfte, aber nicht so unbedingt als zwingend und ausschließlich wie bei inländischen unter der Herrschaft eines Particularrechtes oder Statutes abgeschlossenen Rechtsgeschäften gelten, sondern erkennen auch ihre inländischen Formen bei ausländischen Rechtsgeschäften als hinreichend an, besonders wenn Inländer sich dadurch verpflichtet haben; gestatten jedoch auch ihnen den Beweis, daß sie die strengere Form des Abschließungsortes als dort allein bindend betrachtet, die mündliche Vereinbarung nicht als einheimische Form, nicht als Geschäftsabschlußform haben gebrauchen wollen, sich dadurch nicht gebunden haben. Alles kommt also darauf an, ob der Beweis erbracht wird, daß die übereinstimmende Willensmeinung und Absicht der Parteien dieſe, von der allgemeinen Regel abweichende oder ihr gegen die Wahrscheinlichkeit entsprechende, gewesen sei; denn sowohl die gesetzliche als die natürliche Vermuthung muß hier der übereinstimmenden Willenserklärung der Privaten weichen[142]). V. Das Erbrecht 1) der im Auslande verstorbenen Einwohner des Landes ist das inländische a) in Ermangelung einer rechtsbeständigen letztwilligen Verfügung das landesgesetzliche, statutarische u. s. w. b) Letztwillige Verfügungen sollen die landesgesetzliche Form haben; doch sieht man auch die an dem ausländischen Errichtungsorte gesetzliche Form für hinreichend an. Die Civilisten führen dafür die Regel an: locus regit actum und lassen auf Grund derselben auch die z. B. in Paris blos selbstgeschriebenen Testamente (testamenta holographa) gelten. Dies ist aber unstatthaft, da der Rechtsgrund, welcher die statutarische Form des inländischen Errichtungsgrundes zur ausschließlichen macht, die gesetzliche Bestimmung der Staatsgewalt, bei ausländischen Testamenten nicht stattfindet. Aber auch der völkerrechtliche Grundsatz, daß alle, auch die im Auslande wohlerworbenen Rechte, anerkannt und geschützt werden müssen, kann deren Anwendung nicht rechtfertigen, da das Erbrecht, d. h. das Recht auf den hiesigen Nachlaß des Verstorbenen, auf die nachgelassenen Sachen erst aus dem hier eröffneten Testamente hier erworben werden soll und allein erworben werden kann, wenn das Testament hier giltig ist. Wenn man in Teutschland die übrigen Formen, namentlich die auch in Teutschland üblichen vor sieben

142) Ueber das Weitere s. Pütter, Fremdenrecht §. 75 flg., namentlich über Wechselverbindlichkeiten ebd. §. 81, über das Fremden- und Schuldforderungsrecht aus Rechtsverletzungen ebd. §. 82—84.

Digitized by Google

Zeugen ꝛc. für genügend gelten läßt, so hat dies seinen Grund zum Theil bei den alten römischen Privattestamenten darin, daß Teutschland ehemals Ein Reich bildete und das gemeine teutsche Civilrecht sie kannte und anerkannte, zum anderen Theile bei den öffentlichen Testamenten in dem Vertrauen (publica fides), welches die fremden Staatsbehörden, welche sie aufgenommen oder beglaubigt oder bewahrt haben, in Anspruch zu nehmen berechtigt sind. 2) Was das Erbrecht der im Inlande verstorbenen oder hier begüterten Fremden betrifft, so sorgt, wenn ein Fremder im Gerichtsbezirke stirbt oder doch hier Vermögen hinterläßt, das Gericht bekanntlich zuvörderst für die Sicherheit des Nachlasses durch Versiegelung u. s. w., demnächst aber für Ausantwortung des Nachlasses an den rechten Erben. Die Frage, wer der rechte Erbe sei, hat das Gericht sich aus und nach dem Rechte zu beantworten, und zwar nach seinem Landesrechte zuvörderst die Frage, ob nach seinem Landrechte die Erbschaft hier eröffnet und angefallen ist oder nicht. a) Wenn und insoweit die Erbschaft hier eröffnet ist, entweder ganz oder nur in die liegenden Gründe und was ihnen gleichgestellt ist, hat das Gericht sie nach hiesigem Rechte zu behandeln und zu vertheilen; so ist es Gebrauch und Recht nicht blos in Frankreich, England und Nordamerika, sondern überall, auch in den teutschen Staaten. In den südteutschen und in den älteren nordteutschen Staatsverträgen (Art. 15 [13] und Art. 27) ist bestimmt, daß Erbschaftsklagen in jedem dieser Staaten erhoben werden sollen, wo sich Erbschaftsstücke befinden, bewegliche Sachen aber und Forderungen so angesehen werden, als befänden sie sich am Wohnorte des Erblassers. b) Ist die Erbschaft des Fremden nach hiesigem Rechte nicht hier eröffnet, so antwortet das Gericht den Nachlaß demjenigen aus, welcher sich als den rechten Erbe oder eigentlich als der nunmehrige Herr des Nachlasses, Eigenthümer der Sachen u. s. w. ausweist. Den Beweis seines Rechtes kann er auf jede rechtlich mögliche und überzeugende Art führen[143]), auch durch ein blos selbstgeschriebenes Testament, welches am Wohnorte des Erblassers für giltig erkannt und eröffnet worden ist, wenn dieses durch amtliche Beglaubigung erwiesen ist. Denn er hat sein Erbrecht, das Recht auf den Nachlaß, auch die hier nachgelassenen Rechte dort schon nach dortigem Rechte wohlerworben, ehe er hierher kam oder schrieb. So wird es in allen Staaten gehalten, welche das auswärtige Erbenrecht anerkennen. In den teutschen Staaten besteht das Fremdlingsrecht oder Heimfallsrecht schon lange nicht mehr, außer zur Retorsion des droit d'aubaine. Zwischen den teutschen Staaten ist auch das Abschoßrecht (detractus hereditarius, gabella hereditaria) von Bundeswegen aufgehoben[144]). Eine weitere Frage ist es, welche Erbschaften nach gemeinem teutschen Civilrechte in jedem teutschen Lande

143) Vgl. Pütter, Fremdenrecht §. 88 flg.
144) Bundesbeschluß v. 23. Juni 1817.

Digitized by Google

für eröffnet zu achten seien. So verschiedene Meinungen darüber aufgestellt worden sind, so kann es doch nach der gründlichen Erörterung von Savigny[145]) nicht zweifelhaft sein, daß nach gemeinem teutschen Civilrechte der Wohnsitz des Erblassers nicht nur für die beweglichen, sondern auch für die unbeweglichen Sachen maßgebend ist, wenn nicht für deren Vererbung, wie in Lehngütern, Stammgütern und Bauergütern besondere Rechte bestehen. Heimbach sen.

Wucher im weiteren Sinne bezeichnet jeden übermäßigen und unbilligen Gewinn, welchen Jemand durch Benutzung seines Eigenthums im Handel und Wandel zieht und bezweckt. Mangel an geläuterten Begriffen über Staats- und Nationalökonomie, Vermischung rechtlicher und moralischer Gesichtspunkte, und Vernachlässigung der Erwägung der eigenthümlichen Verhältnisse jedes einzelnen Volkes und Staates haben Strafverbote gegen denselben hervorgebracht. Aus den Quellen des gemeinen teutschen Criminalrechtes gehört hierher das Verbot des Dardanariats, von welchem schon in einem besonderen Artikel gehandelt worden ist[1]), besonders aber das hier allein zu erörternde Verbot des Wuchers im engeren Sinne, d. h. des Zinswuchers (usuraria pravitas). Als Zinswucher wird das Zinsnehmen allein nicht betrachtet. Zwar verbot das mosaische Recht[2]) den Israeliten, Zinsen von einander zu nehmen; es erlaubte aber ausdrücklich, sich Zinsen von Fremden zu bedingen. Das Verbot an die Israeliten, Zinsen von einander zu nehmen, beruhte auf besonderen Gründen, welche mit der Verfassung des jüdischen Staates zusammenhingen. Im neuen Testamente findet sich daher kein Verbot des Zinsnehmens[3]); vielmehr wird das Zinsnehmen als erlaubt anerkannt[4]). Daher untersagten auch die ersten Gesetze der christlichen Kirche nur den Geistlichen das Zinsnehmen, nicht als ob Zinsforderungen dem Christenthume zuwider wären, sondern weil wucherlicher Handel sich für die Geistlichkeit nicht gezieme. Deshalb erlaubte Kaiser Constantin der Große in demselben Jahre 325, in welchem das Concil zu Nicäa den Geistlichen bei Strafe der Absetzung untersagte, Zinsen von ausgeliehenen Geldern und Früchten zu nehmen[5]), das Zinsnehmen von Früchten bis zur Hälfte des Kapitals, von Geldern bis zur centesima, bis zu Zwölf vom Hundert[6]).

---

145) Savigny, Syst. Bd. 8, §. 375 flg.

1) Vgl. den Artikel Dardanariat Bd. III, S. 221—227.

2) 2. B. Mosis Cap. 22, V. 24. 3. B. Mosis Cap. 25, V. 35—37. 5. B. Mosis Cap. 23, V. 20.

3) Der Ausspruch im Evang. Luc. Cap. 6, V. 35: *δανείζετε μηδὲν ἀπελπίζοντες* bezieht sich blos auf das Gebot der Nächstenliebe.

4) Denn im Evang. Matth. Cap. 35, V. 27 sagt Christus in der Parabel (V. 14—30): Du hättest mein Geld den Wechslern geben sollen, so hätte ich doch bei meiner Zurückkunft das Meinige mit Zinsen wieder empfangen.

5) Can. 17. Dieser Canon steht in Gratian's Decrete an zwei Orten, nämlich als can. 2. Dist. 47. und can. 8. Caus. 14. Qu. 4.

6) L. 1. Th. C. II. 32.

Digitized by Google

Schon früher soll auf einem Concil zu Elvira in Spanien, von Gratian Concilium Eliberitanum genannt, dessen Alter verschieden angegeben wird (303, 305 und 313), nicht blos den Geistlichen, sondern auch den Laien das Zinsennehmen, und zwar letzteren bei Strafe der Excommunication, verboten worden sein[7]). Allein die Echtheit dieses Concils ist zweifelhaft. Der davon in das Decret aufgenommene Canon[8]) gedenkt blos der Geistlichen. Auch das fast gleichzeitige Concil zu Arles vom Jahre 314 spricht ausdrücklich nur von Geistlichen[9]). Die späteren Concilien nach dem nicäischen, nämlich das laodicäische[10]), das dritte carthaginensische[11]) von 397, und das zweite von Arles[12]) erneuern nur das Verbot des Zinsnehmens für Geistliche. Pabst Leo der Große wird als der erste genannt, welcher in seinem ersten Briefe an die Bischöfe in Campanien, Picenum, Tuscien und die übrigen Provinzen vom J. 443 das Verbot des Zinsnehmens auch auf die Laien ausdehnte. Diese Stelle ist in das Decret aufgenommen[13]). Schon früher hatten zwar einzelne Kirchenväter in ihren Schriften alles Zinsenwesen unter Christen verdammt[14]); allein bis auf den gedachten Pabst hatte noch kein römischer Bischof die Laien deshalb der Kirchencensur unterworfen. Von nun an wurde das Zinsenverbot des kanonischen Rechtes immer mehr ausgedehnt. Das Concil zu Tarragona vom J. 516 schreibt zwar nur den Geistlichen vor, daß, wenn sie Geld ausleihen, welches ihnen dereinst in Getreide oder Wein nach dem öffentlich bestimmten Marktpreise wieder erstattet werden soll, sie sich damit begnügen, und wenn der Schuldner die versprochene Frucht nicht um einen billigen Preis bekommen könnte, sie nur die dargeliehene Summe ohne alle Vermehrung zurück erhalten sollten[15]). Auch der von Gratian ex Concilio Martini Papae angeführte Canon[16]) schärft blos den Geistlichen das Verbot des nicäischen Concils von Neuem ein. Aber die Capitularien Karls des Großen[17]) und die Concilien des 9. Jahrhunderts, z. B. das Concil zu

7) Cf. Böhmer, Ius eccl. Prot. T. V. Lib. V. tit. 19. §. 18. Die Worte des can. 20. lauten bei Harduinus, Concil. T. I. p. 252. so: „Si quis Clericorum detectus fuerit usuras accipere, placuit eum degradari et abstinere. Si quis etiam laicus accepisse probatur usuras et promiserit correctus, iam se cessaturum nec ulterius exacturum, placuit, ei veniam tribui. Si vero in ea iniquitate duraverit, ab ecclesia esse proiiciendum."

8) Can. 5. Dist. 47.

9) Daraus ist can. 2. Caus. 14. Qu. 4.

10) Can. 5., bei Gratian can. 9. Dist. 46.

11) Can. 16., bei Gratian can. 6. Caus. 14. Qu. 4.

12) Can. 14.

13) Can. 7. Caus. 14. Qu. 4.

14) So Ambrosius (can. 3. C. 14. Qu. 3. Can. 10. C. 14. Qu. 4.), Chrysostomus (can. 11. Dist. 88.), Augustinus (can. 2. C. 14. Qu. 1. Can. 1. C. 14. Qu. 3. Can. 11. C. 14. Qu. 4.), Hieronymus (can. 2. C. 14. Qu. 3.)

15) Can. 5. Caus. 14. Qu. 4.

16) Can. 4. Caus. 14. Qu. 4. Dieser Canon ist aus der Sammlung des Bischofs Martin von Braga entlehnt, wo er can. 62. ist.

17) Lib. VI. cap. 204.

Digitized by Google

Constanz vom J. 814 [18]) und das pariser vom J. 829 [19]) beziehen sich auf Geistliche und Laien und stellen das Zinsennehmen als ein execrabile Deoque detestabile avaritiae genus dar. Allein in der griechischen Kirche lehrte der Patriarch Photius zu Constantinopel in seinem Nomocanon [20]), daß denn doch jenes Verbot gegen die Geistlichkeit in Betreff des Zinsnehmens nicht zu weit ausgedehnt werden dürfe, da es überall nur von solchen Zinsen rede, welche man sich bei dem Darlehn als einen Gewinn versprechen lasse; es sei also nicht verboten, Zinsen als eine Entschädigung für den ungebürlichen Verzug in Wiederbezahlung des Kapitals vom Schuldner zu fordern; solche Zinsen wären auch in einer von Justinian's Novellen (Nov. 131. cap. 12.) der Kirche bei den legatis ad pias causas zugebilligt worden. Dieser Erklärung gab auch sein Commentator Balsamon seinen vollkommenen Beifall [21]). Alle diese Verbote waren jedoch fruchtlos, indem Geistliche und Laien nach wie vor Zinsen nahmen. Die Päbste erließen daher im zwölften und den folgenden Jahrhunderten erneuerte geschärfte Zinsenverbote. Nach einer von Pabst Alexander III. auf dem dritten lateranensischen Concil im J. 1179 bekannt gemachten Decretale [22]) sollten die Zinsennehmer (usurarii manifesti) von der Communion ausgeschlossen sein und auch kein christliches Begräbniß erhalten. Derselbe Pabst publicirte auf dem Concil von Tours im J. 1180 noch eine besondere Verordnung gegen das Zinsennehmen der Geistlichen [23]), worin er ihnen

18) Can. 17. bei Harduin. Concil. T. IV. p. 1084.

19) Can. 53. bei Harduin. Concil. T. IV. p. 1328.

20) Tit. IX. cap. 27. (Rhalli et Potli Coll. canon eccl. graec. T. I. p. 204.) „*Ἡ δὲ κώλυσις τοῦ λαμβάνειν κληρικὸν τόκους, ἐμοὶ φαίνεται παντα χοῦ περὶ τῶν ἀπὸ δανείου ἤγουν συμφώνου λελέχθαι, οὐ μὴν περὶ τῶν σιωπηρῶς ἁρμοζόντων ἐξ ὑπερθέσεως ἐπὶ τῶν βοναφίδε ἀγωγῶν. ἀμέλει καὶ ἡ γ'. διατ. τοῦ β'. τιτ. τῶν νεαρῶν ἐπὶ ληγάτων εὐσεβῶν ἐξ ὑπερθέσεως εἶπεν ἀπαιτεῖσθαι καὶ τόκους, καὶ καρπούς.*“ Merkwürdig ist, daß Photius des vom Kaiser Basilius Macedo im Prochir. tit. XVI. cap. 14. erlassenen, auch in die Epanagoge tit. XXVIII. cap. 4. übergegangenen (vergl. jedoch Zachariae de Lingenthal. Coll. libror. iur. Gr. Rom. ineditor. p. 162. not. 4.) allgemeinen Verbotes des Zinsennehmens nicht gedenkt, da ihm wenigstens das Prochirum, welches zwischen den Jahren 870 und 878 publicirt ist, bekannt war, da er erst 883 seinen Nomocanon schrieb. Es scheint aber, daß man jenes Verbot, obgleich es den Worten nach alle Arten von Zinsen umfaßt (*„διὸ κελεύει ἡ ἡμετέρα γαληνότης, μηδενὶ μηδαμῶς ἐξεῖναι ἐν μηδεμιᾷ ὑποθέσει τόκον εἰληφέναι“*) blos auf das Zinsversprechen bei dem Darlehn beschränkt und so verstanden habe, daß man blos bei dem Darlehn keine Zinsen sich bedingen und nehmen dürfe, daß dagegen alle Verzugszinsen und gesetzlichen Zinsen nach wie vor erlaubt seien. Dies wird dadurch wahrscheinlich, daß Kaiser Leo in Nov. 83. das Zinsenverbot seines Vaters ebenfalls in diesem beschränkten Sinne genommen hat, indem er Zinsen bis zu Vier vom Hundert (usurae trientes) bei dem Darlehn sich zu bedingen ausdrücklich verstattet.

21) Er bemerkt (bei Rhalli et Potli l. c. T. I. p. 205.) „*Εὐχαρίστησον οὖν τῷ πατριάρχῃ Φωτίῳ καλῶς ἑρμηνεύσαντι ἀπαιτεῖν ὡς διαφέρον τόκους, τοὺς ἐπισκόπους καὶ τοὺς κληρικούς.*“

22) Cap. 3. X. V. 19.

23) Cap. 1. X. V. 19.

Digitized by Google

namentlich den antichretischen Pfandvertrag bei Strafe der Absetzung untersagte, jedoch mit der Ausnahme, wenn durch den antichretischen Vertrag ein Unterpfand, welches ein beneficium ecclesiae war, d. h. in Zehenten besteht, welche der Kirche gehörten und in die Hände eines Laienbesitzers gerathen sind, wieder an die Kirche gebracht werden könnte. Wiederholte Zinsenverbote enthielten verschiedene Decretalen des erwähnten Pabstes [24]), dann Urban's III. [25]) und Innocenz III. [26]). Sie dringen streng auf die Restitution erhobener Zinsen, wenn auch Juden von Christen Zinsen genommen [27]), ja der Schuldner dem Gläubiger sogar eidlich versprochen hätte, die Zinsen nicht zurückfordern zu wollen [28]), falls nicht die Armuth dem Gläubiger zur Entschuldigung gereicht [29]). Pabst Gregor X. erneuerte auf dem Concil zu Lyon vom J. 1274 nicht nur das Verbot des lateranensischen Concils, sondern bedrohte auch jedes Collegium, jede Personengemeinheit mit dem Interdict, welche fremde Zinswucherer unter sich dulden und nicht binnen drei Monaten aus ihrem Bezirke vertreiben, sondern ihnen wohl gar zu ihrer Zinswucherei Häuser vermiethen würde [30]). Ueberwiesene Zinswucherer sollen auch weder giltige Zeugen bei Testamenten, noch deren Testamente giltig sein [31]). Endlich ging Pabst Clemens V. so weit, daß er auf dem Concil zu Vienne im J. 1311 nicht nur alle Statuten der Städte, welche die Zinsen erlaubten, für nichtig erklärte, und alle Obrigkeiten und Richter, welche darnach erkennen würden, mit dem Kirchenbanne bedrohte; sondern auch die Lehre des Kirchenrechtes fast zum Glaubensartikel erhob und das Zinsennehmen für Sünde erklärte, indem er jeden, welcher hartnäckig das Gegentheil behaupten würde, als einen Ketzer bestraft wissen wollte [32]). Nach dem kanonischen Rechte war also jedes Nehmen von Zinsen Zinswucher (usuraria pravitas). Indessen waren alle Zinsverbote des kanonischen Rechtes fruchtlos. Sie wurden durch Geschäfte, welche verschleierte Darlehen enthielten, umgangen. Zu diesen gehörte besonders der in Teutschland so gewöhnliche Rentenkauf (emtio venditio redituum), auf welchen man das Zinsverbot nicht anwendete. Selbst päbstlicher Seits ließ man die Zinsen unter anderem Namen, nämlich unter dem jährlicher Renten, oder eines Interesse, als Vergütung eines entzogenen Gewinnes oder zugefügten Schadens zu [33]). In Teutschland ist das Zinsverbot des kanonischen Rechtes bis in das 17. Jahrhundert theils beobachtet worden, theils

24) Cap. 2. 4. 5. 6. 7. 8. 9. X. V. 19.
25) Cap. 10. X. V. 19.
26) Cap. 11. 12. 13. 14. 15. 17. 18. X. V. 19.
27) Cap. 12. 18. X. V. 19.
28) Cap. 13. X. V. 19.
29) Cap. 5. X. V. 19.
30) Cap. 1. de usuris in VI. (V. 5.)
31) Cap. 2. de usuris in VI. (V. 5.)
32) Cap. un. Clem. de usuris V. 5.
33) Cap. 1. Extravag. commun. de emt. vendit.

Digitized by Google

nicht. Seit dem 17. Jahrhundert ist es theils durch die Reichsgesetzgebung, theils durch die Particulargesetzgebung außer Anwendung gekommen. Die früheren teutschen Reichsgesetze, welche von wucherlichen Contracten handeln, erlauben die Zinsen nur in den Fällen, in welchen sie auch das kanonische Recht gestattete. Zuerst bestimmten die Reichspolizeiordnungen die Größe der Zinsen bei wiederkäuflichen Gülten auf Fünf vom Hundert [34]). Dann bestimmte der Reichsdeputationsabschied zu Speyer vom J. 1600, §. 139. die Größe der Verzugszinsen auf Fünf vom Hundert. Nur den teutschen Schutzjuden wurde das Darleihen auf Zinsen gestattet, aber auch nur zu Fünf vom Hundert [35]). Die Protestanten hatten anfangs hinsichtlich der Unzulässigkeit der zinsbaren Darlehne mit den Katholiken gleiche Grundsätze [36]). Diese änderten sich jedoch bald. Schon im 16. Jahrhundert begünstigte der Sieg des römischen Rechtes das Zinsennehmen und hin und wieder erkannte schon in dieser Zeit die Landesgesetzgebung die Zulässigkeit des Zinsennehmens an [37]). Allerdings wollten die Reichsgerichte noch 1566 und 1570 keine conventionellen Zinsen zulassen [38]) und zweifelten noch 1588, ob man auf Zinsen erkennen dürfe [39]). Der jüngste Reichsabschied §. 174 bestimmte für wiederkäufliche Gülten sowohl, als für zinsbare Darlehen den Zinsfuß zu Fünf vom Hundert. Es ist indessen bestritten und erst bei der Lehre von den Zinsen zu erörtern, ob diese Bestimmung eine allgemeine oder blos vorübergehend zur Erleichterung der Schuldner, welche während des dreißigjährigen Krieges Schulden gewirkt hatten, gegebene sei, und ob nicht vielmehr der im römischen Rechte durch Justinian [40]) bestimmte Zinsfuß von Sechs vom Hundert maßgebend sei. Seitdem das Zinsennehmen in Teutschland allgemein gestattet wurde, wird als strafbarer Zinswucher blos das Ueberschreiten des gesetzlichen Zinsfußes betrachtet. Das neueste römische Recht knüpft an das Nehmen höherer, als der gesetzlich erlaubten Zinsen, keine strafrechtlichen, sondern nur privatrechtliche Folgen. Blos der Anatocismus wird mit Infamie bedroht [41]). Die Verordnung Theodosius des Großen, wodurch die poena quadrupli denjenigen angedroht wird, welche

---

34) Reichspolizeiordnung v. 1530 Art. 26, §. 8, v. 1548 Art. 17, §. 8, v. 1577 Art. 17, §. 9: „Nachdem die Wiederkaufsgülten allenthalben in Landen gemein seynd, so sollen mit hundert Gülden Hauptgelds nicht mehr dann fünf Gülden jährlicher Gülten, wie gebräuchlich, gekauft, gegeben und genommen werden."

35) Reichspolizeiordnung v. 1577 Tit. 20, §. 6.

36) Luther's Werke (Jenaische Ausgabe) Th. 7, S. 405. Colerus, de processib. executivis P. I. cap. 10. nr. 98.

37) Henneberger Landesordn. v. 1539 B. 6, Tit. 2, §. 3. Pfälz. Landr. v. 1588 Fol. 71. Katzenellenbog. Landr. Th. I, Tit. 1, §. 3.

38) Meiern, Gedanken von Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers S. 111.

39) Meiern a. a. O. S. 126.

40) L. 26. §. 1. C. IV. 32.

41) L. 20. C. ex quib. caus. infam. irrogat. II. 11. (12.)

Digitized by Google

mehr als 12 Procent Zinsen nehmen würden [42]), ist in den Justinianischen Codex nicht aufgenommen. Die in den Novellen [43]) dem Zinswucher angedrohten Strafen beziehen sich blos auf die Uebertretung specieller zum Besten der Landleute gegebener Zinsgesetze. Der Strafdrohungen des kanonischen Rechtes gegen das Zinsennehmen überhaupt ist bereits Erwähnung geschehen. Dieselben sind außer Anwendung. Erst die Reichsgesetze enthalten wieder eine allgemeine Strafandrohung, jedoch nicht in Bezug auf Anatocismus und die, die Summe des Kapitals übersteigenden, angeschwollenen Zinsen, sondern nur in Beziehung auf das Ueberschreiten der Zinsenquantität [44]). Das Verbrechen des Zinswuchers ist hiernach nur dann vorhanden, wenn verbotene Procente von einem creditirten Kapital bezogen werden. Die civilrechtliche Streitfrage, ob gemeinrechtlich 5 Procent oder 6 Procent erlaubt seien, hat auf das Criminalrecht den Einfluß gehabt, daß selbst diejenigen, welche schon das Nehmen von 6 Procent als Zinswucher betrachten, die reichsgesetzliche Strafe doch erst mit der Annahme des siebenten Zinsthalers eintreten lassen [45]). Die Strafandrohung bezieht sich auch blos auf Conventionalzinsen, nicht auf Verzugszinsen [46]), denn der Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 139. bestimmt zwar als gesetzlichen Zinsfuß für Verzugszinsen 5 Procent, läßt aber dem Gläubiger den Beweis eines größeren durch den Verzug erlittenen Schadens nach. Es kann hiernach auch in der Forderung und Annahme höherer Verzugszinsen, wenn der Gläubiger ein höheres Interesse bescheinigen kann, kein Zinswucher gefunden werden. Bestritten ist, wenn der verbrecherische Zinswucher als vollendet angesehen werden könne, ob nämlich schon durch das Abschließen eines wucherlichen Contractes, oder erst durch die geschehene Entrichtung und Annahme der verbotenen Procente. Die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 17, §. 8 drückt sich so aus: „Zudem, daß derjenig, so solche wucherliche Contract und Partiten hinfüro künfftiglich üben würde." Dieser Ausdruck läßt die Absicht des Gesetzgebers zweifelhaft. Die meisten Criminalisten nehmen nun zwar an, daß zur Vollendung des Verbrechens die wirkliche Entrichtung

---

42) L. 2. Th. C. II. 32.

43) Nov. 32. epil. Nov. 34. epil. Nov. 33. Nach den beiden ersten (es ist aber dieselbe Novelle, Nov. 32. in griechischer, Nov. 34. in lateinischer Sprache, publicirt) wird dem Zinswucher Verlust des Kapitales, in der letzten bei Soldaten Verlust der Rechte ihres Standes gedroht.

44) Reichspolizeiordn. v. 1530 Tit. 26, §. 7, 8, v. 1548 Tit. 17, §. 7, 8, v. 1577 Tit. 17, §. 1—8.

45) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 21, S. 135 und die in Note 1 daselbst angeführten Schriftsteller. Quistorp, Beiträge Nr. 25, S. 401. Henke, Criminalrecht Bd. 3, S. 696. Feuerbach, peinl. Recht §. 437, N. 1. A. M. ist Martin, Criminalrecht §. 206. Hefftter, Criminalrecht S. 412. Tittmann, Strafrechtswissenschaft §. 548. Letzterer giebt jedoch zu, daß der Gerichtsgebrauch schwankend sei.

46) S. Martin a. a. O. §. 266, N. 15. Tittmann a. a. O. §. 550.

und Annahme der wucherlichen Zinsen erfordert werde und die bloße Abschließung des wucherlichen Contractes nur als Versuch zu betrachten sei[47]). So unbestritten dies ist, so muß der Verfasser dieses Artikels sich doch dagegen erklären, indem §. 9 des Tit. 17 der Reichspolizeiordnung von 1577 (vergl. auch Reichspolizeiordnung von 1530 Tit. 26, §. 8., von 1548 Tit. 17, §. 8.) nicht beachtet worden zu sein scheint. Dieser lautet dahin: „Und nachdem die Widerkauffs-Gülten allenthalben in Landen gemein seyn, so sollen mit hundert Gülden Haupt-Gelds, nicht mehr denn fünff Gülden jährlicher Gülten, wie gebräuchlich gekaufft werden, und die Loßkündigung der Gültverschreibung auf Widerkauff, wie Widerkauffs Recht, bey dem Verkauffen, und nicht beym Kauffen stehen, unangesehen, wie dieselbig Gülte Verschreibung gestellt ist: Und was darüber gegeben, genommen oder gehandelt, wöllen wir dasselbig und alle andere unziemliche Pacta oder Geding, für wucherlich und unkräfftig geacht, gehalten, und von dem Richter nicht darüber erkannt, oder geurtheilt, sondern wie obgemelt, gestrafft werden solle." Hiernach scheint es ganz klar zu sein, daß auch das bloße Abschließen wucherlicher Contracte mit der im §. 8 bestimmten Strafe bedroht ist. Die Vorschrift im §. 9 bezieht sich zwar zunächst auf Wiederkaufsgülten; wenn aber der Gesetzgeber sagt, daß bei diesen schon die bloßen wucherlichen pacta mit der in §. 8. gedrohten Strafe belegt werden sollen, so ist dadurch auch der Ausdruck im §. 8: „Derjenig, so solche wucherliche Contract und Partiten — üben würde," wenn er irgend zweifelhaft sein sollte, vom Gesetzgeber selbst in einer Weise erläutert, welche über seine Willensmeinung keinen Zweifel übrig läßt. Sehr häufig pflegt der Zinswucher hinter einen erlaubten Vertrag versteckt zu werden (usuraria pravitas palliata); der versteckte Zinswucher ist ebenso strafbar, wie der unversteckte. Die Reichsgesetzgebung[48]) erwähnt folgende Fälle des versteckten Zinswuchers: 1) wenn sich der Darleiher in der Schuldverschreibung eine größere Summe verschreiben läßt, als er dargeliehen hat; 2) wenn er wegen kleinen Verzuges ein übermäßiges Interesse gefordert und solches mit zur Hauptsumme geschlagen hat; 3) wenn er bei einem Darlehen Waaren anstatt baaren Geldes gegeben und solche über ihren Werth angeschlagen hat (contractus mohatrae); 4) wenn sich der Darleiher außer den Zinsen noch ein be-

47) Martin a. a. O. §. 266. Feuerbach a. a. O. §. 438. Henke a. a. O. S. 696 flg. Tittmann a. a. O. §. 553. S. auch Glück, Erl. der Pand. Bd. 21, S. 136 flg. Henke macht für die gemeine Meinung noch geltend, daß selbst das römische Recht die mit dem Anatacismus verknüpfte Folge der Infamie erst mit dem Einfordern der Zinsen von Zinsen eintreten läßt, indem es in der in Note 41 angeführten Stelle heißt: „Improbum foenus exercentibus et usuras usurarum illicite exigentibus, infamiae macula irroganda est." Nur Grolmann, Criminalrecht §. 368, N. d ist anderer Meinung als die oben angeführten Rechtslehrer.

48) Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 17, §. 1—7 (v. 1530 Tit. 26, §. 1—6, v. 1548 Tit. 17, §. 1 flg.)

Digitized by Google

sonderes Schuldgeld oder Pflichtigkeitsgeld (ein merklich Dienstgeld, nach dem Ausdrucke der Reichspolizeiordnung) bedungen hat, welches so lange, als die Hauptsumme unbezahlt bleibt, entrichtet werden soll; 5) wenn sich der Darleiher in der Schuldverschreibung statt Münze, in welcher er das Kapital ausgeliehen hat, Gold hat verschreiben lassen; 6) wenn Waaren, Silbergeschirr, Kleinodien, Victualien und dergleichen Sachen ausgeliehen und zur Bestimmung der dafür zu entrichtenden Zinsen zu einem übermäßigen Preise angesetzt worden sind (partita in der Reichspolizeiordnung); 7) wenn eine Summe baaren Geldes schenkungsweise (vergeblich in der Reichspolizeiordnung) überlassen, dagegen aber eine Sache von großem Werthe um einen ganz geringen Preis bedungen worden ist; 8) wenn der Schuldner für ein Darlehn zu mehreren Zeiten im Jahre (zu vier Märkten in der Reichspolizeiordnung) ein übermäßiges Honorar (Aufgeld in der Reichspolizeiordnung) geben soll; 9) wenn ein sog. Gültenkauf oder Rentenkauf auf die Art geschlossen ist, daß mit einem Kapital von Hundert eine jährliche Rente von mehr als Fünf gekauft wird [49]). Der Zinswucher kann ferner unter dem Scheine eines freiwilligen Geschenkes oder Anbietens, oder einer Discretion für die Mühwaltung, oder eines errichteten Vergleiches, oder unter dem Deckmantel einer Conventionalstrafe, oder eines Verkaufes oder antichretischen Vertrages, oder unter dem Vorgeben, daß das geliehene Geld einem Dritten zugehöre u. s. w. begangen werden [50]). Die reichsgesetzliche Strafe des Zinswuchers besteht in dem Verluste des vierten Theiles des Kapitals, welcher zur Hälfte der bürgerlichen Obrigkeit des Wohnortes des Gläubigers, zur anderen Hälfte der Obrigkeit des Schuldners zufällt, wogegen aber auch beide wegen etwaiger Säumniß oder Connivenz um 2—4 Mark löthigen Goldes gestraft werden sollen [51]). Nach der Behauptung älterer Rechtslehrer [52]) können mit der in den Reichsgesetzen bestimmten Strafe auch Geldbußen oder Gefängnißstrafen verbunden werden. Es lassen sich aber nur Particulargesetze dafür anführen; nach gemeinem Criminalrechte hingegen erscheint jeder Zusatz von Strafe verwerflich, außer wenn mit dem Wucher noch ein anderes Verbrechen concurrirt. Gegen die Erben des Wucherers kann die Strafe des Verlustes des vierten Theils des Kapitals nicht mehr erkannt werden [53]), obwohl die privatrechtlichen Folgen des Wuchers gegen sie eintreten. — Auch die neueren Strafgesetzgebungen bedrohen

49) Reichspolizeiordn. v. 1530 Tit. 26, §. 8, v. 1548 Tit. 17, §. 8, v. 1577 Tit. 17, §. 9.

50) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 21, S. 138 flg. Tittmann a. a. O. §. 549.

51) Reichspolizeiordn. v. 1530 Tit. 26, §. 7, v. 1548 Tit. 17, §. 7, v. 1577 Tit. 17, §. 8.

52) Carpzov, Qu. 92. n. 29. Lauterbach, Coll. theor. pract. Pand. Lib. XXII. tit. 1. §. 30. Koch, Instit. iur. crim. §. 623. Westphal, Criminalrecht Anmerk. 109, §. 2.

53) Glück a. a. O. Bd. 21, S. 139. Tittmann a. a. O. §. 553.

den Wucher mit Strafen; doch macht sich in der neuesten Zeit das Bestreben sichtbar, die Beschränkungen hinsichtlich des Zinsfußes aufzuheben. Das österreichische Publicationspatent zu dem Strafgesetzbuche vom 27. Mai 1852 Art. 6 erhält die in verschiedenen Kronländern wider den Wucher bestehenden Strafgesetze aufrecht; derselbe soll als Vergehen behandelt werden. Das Gesetz vom 2. December 1803 bestraft den Wucher mit Geldstrafe (ein Viertheil des bedungenen Kapitals), bei Unvermögenden mit Gefängniß. Das preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851, §. 263 bedroht denjenigen, welcher sich von seinen Schuldnern höhere, als die gesetzlich erlaubten Zinsen, vorbedingt oder zahlen läßt, und entweder diese Ueberschreitung gewohnheitsmäßig betreibt, oder das Geschäft so einkleidet, daß dadurch die Gesetzwidrigkeit versteckt wird, mit 3 Monaten bis zu 1 Jahr Gefängniß und zugleich einer Geldbuße von 50 — 1000 Thalern, sowie mit zeitweiliger Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte. Das bayerische Strafgesetzbuch vom 16. Mai 1813, Art. 261 erklärt, daß die Ueberschreitung gesetzlicher Bestimmungen in Ansehung der Zinsen, wenn sie unversteckt geschehen ist, blos privatrechtliche oder polizeiliche Folgen habe, verkleidete wucherliche Contracte hingegen, d. h. nach Art. 262 solche, welche das wahre Verhältniß der Zinsen zu dem Kapital nicht unmittelbar aus dem Contracte selbst mit Bestimmtheit und Klarheit erkennen lassen, als gemeine Betrügereien bestraft werden sollen. Das sächsische Strafgesetzbuch vom 13. August 1855, Art. 340 bedroht denjenigen, welcher bei einem Darlehnsgeschäfte den gesetzlichen Zinsfuß durch Bedingung oder Annahme höherer, als der gesetzlich gestatteten Zinsen oder anderer, den Betrag der gesetzlich gestatteten Zinsen übersteigenden, zu Geld zu veranschlagenden Vortheile überschreitet, mit einer Geldstrafe, welche vom Doppelten bis auf das Zehnfache des bedungenen oder gezogenen unerlaubten Gewinnes steigen kann; in Fällen, wo ein bestimmter Betrag des unerlaubten Gewinnes nicht zu berechnen ist, mit Geldstrafe bis zu 5000 Thalern. Dieselbe Strafe wird im Art. 341 denjenigen gedroht, welche von ihren Darlehensschuldnern größere Summen oder bessere Münzsorten, als sie ausgeliehen haben, annehmen oder sich versprechen lassen und dadurch den gesetzlich erlaubten Zinsbetrag überschreiten, oder für die Gestundung eines Darlehens außer dem Betrage oder Werthe der gesetzlich gestatteten Zinsen noch einen anderen zu Geld zu veranschlagenden Vortheil annehmen oder bedingen. Geldbuße bis zu 500 Thalern trifft nach Art. 342 diejenigen, welche bei der Ausleihung von Darlehen dem Schuldner statt baaren Geldes Sachen aushändigen, wobei jedoch Creditpapiere, welche einen Cours haben, nicht als Sachen im Sinne dieses Artikels gelten, wenn sie dem Schuldner nach dem Courswerthe angerechnet worden sind. Unterhändler, welche zu wucherlichen Darlehensgeschäften mitwirken, trifft nach Art. 343 außer dem Verluste des Mäklerlohnes Geldbuße bis zu 100 Thalern. Personen, welche den Wucher gewerbs-

Digitized by Google

mäßig betreiben, werden nach Art. 344 neben den in Art. 340. 341. 342 angedrohten Nachtheilen mit Gefängniß oder Arbeitshaus bis zu 2 Jahren bestraft. Art. 345 läßt die Strafen des Wuchers auch dann eintreten, wenn ein wucherliches Darlehen in die Form eines anderen Vertrages eingekleidet worden ist. Hat der Darleiher, um den Schuldner zu täuschen, den wucherlichen Vertrag so eingekleidet, daß der Schuldner daraus das wahre Verhältniß der Zinsen oder der statt derselben bedungenen Vortheile zu dem Kapital nicht ersehen konnte, so treten nach Art. 346 die Strafen des einfachen Betruges ein. Art. 347 läßt die Wucherstrafen nicht eintreten: 1) wenn und soweit die Obrigkeit in einzelnen Fällen nach geschehener Prüfung der Verhältnisse die Bestimmung eines höheren, als des gesetzlich erlaubten Zinses gestattet; 2) bei Darlehen, welche der Staat oder eine unter besonderer Aufsicht des Staates stehende Körperschaft in gesetzmäßiger Weise aufnimmt; 3) bei den von öffentlichen Leihanstalten in Gemäßheit ihrer bestätigten Statuten gegebenen Darlehen; 4) bei eigentlich kaufmännischen, diesem Gewerbsbetriebe eigenthümlichen Geschäften und bei Darlehen zum Betriebe von kaufmännischen oder Fabrikgeschäften. Das Zuschlagen der Zinsen zum Kapital gilt nach Art. 348 nicht als strafbarer Wucher. Das würtembergische Strafgesetzbuch vom 1. März 1839, Art. 355 stimmt ganz mit dem bayerischen überein. Das Polizeistrafgesetzb. Art. 66 bestimmt bei einfachem Wucher, wenn Jemand mehr als 6 Proc. Zinsen sich bedingt, als Strafe Geldbuße, welche im ersten Falle der Summe des unerlaubten Betrages gleichkommt. Bei gewerbsmäßigem Wucher droht Art. 74 neben der Geldbuße Arrest bis zu sechs Wochen. Das hannoversche Strafgesetzbuch vom 8. August 1840 Art. 313 bestraft verkleidete wucherliche Verträge aller Art, wie einfache Betrügereien, unter besonderer Berücksichtigung der größeren oder geringeren Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsmaaßes. Der Richter darf statt der Freiheitsstrafe auf eine angemessene Geldstrafe erkennen. Gewerbsmäßiger Wucher wird, wie ausgezeichneter Betrug zweiter Klasse (Art. 316) mit Arbeitshaus bestraft. Das badische Strafgesetzbuch vom 6. März 1845 Art. 533 droht Strafe demjenigen, welcher bei Darlehnen oder anderen belasteten Verträgen sich übermäßige Vortheile bedingt: 1) wenn er die ihm bekannte Noth oder den ihm bekannten Leichtsinn des Anderen zu dessen Uebervortheilung benutzte und sich die bedungenen wucherischen Vortheile in der Vertragsurkunde verschleiert zusichern ließ; 2) wenn er, um den Anderen zu täuschen, den Vertrag so einkleidete, daß derselbe daraus das wahre Verhältniß seiner Leistung zur Gegenleistung nicht erkannte und, nach dem Grade seiner Einsicht, nicht leicht erkennen konnte; 3) wenn er einem Minderjährigen, Entmündigten, Mundtodten oder Verbeiständeten bei Verträgen obiger Art, welche er mit ihm ohne Mitwirkung des Vormundes, Pflegers oder Beistandes eingegangen hat, einen wirklichen Vermögensnachtheil zufügte. Die Strafe ist nach Art. 534 Geldbuße, welche bis

Digitized by Google

zum zehnfachen Betrage des bezogenen oder beabsichtigten Gewinnes steigen kann, bei dem Rückfalle zugleich Kreisgefängnißstrafe. Das großh. hessische Strafgesetzbuch vom 17. September 1841 (eingeführt in der freien Stadt Frankfurt am 16. September 1856) Art. 400 droht demjenigen, welcher einen Anderen in Creditgeschäften durch einen von den bürgerlichen Gesetzen für wucherlich erklärten Vertrag übervortheilt, auf Klage der Betheiligten und wenn er bereits unerlaubten Vortheil bezogen hat, bei verkleidetem Wucher, d. h. wenn das wahre Verhältniß der Zinsen zu dem Kapital nicht unmittelbar aus dem Contracte selbst mit Bestimmtheit und Klarheit zu ersehen ist, Geldstrafe vom zwei- bis vierfachen Betrage des bezogenen unerlaubten Vortheiles und Gefängniß nicht unter 10 Tagen, bei unverkleidetem nur obige Geldstrafe, bei gewerbsmäßigem Wucher Geldbuße vom vierfachen Betrage des bezogenen unerlaubten Gewinnes oder Gefängniß oder Correctionshaus bis zu einem Jahre und zugleich Geldbuße von 50—1000 Gulden. Das braunschweiger Strafgesetzbuch vom 10. Juli 1840 Art. 231 droht betrüglichem Wucher (in dem Sinne, in welchem das hessische Strafgesetzbuch von verkleidetem Wucher spricht), die Strafe des Betruges; Art. 232 droht einfachem Wucher (höherem Zinsfuße oder Bedingung höherer Vortheile, besserer Münzsorte oder bei Darlehnen Hingabe von Sachen statt Geldes) Gefängniß bis zu einem Jahre oder Geldstrafe. Das nassauische Strafgesetzbuch vom 14. April 1849 Art. 394 enthält ganz dieselben Bestimmungen hinsichtlich der Strafen des Wuchers, wie das hessische. Das thüringische Strafgesetzbuch Art. 286 bedroht denjenigen, welcher den ihm bekannten Nothstand oder den ihm bekannten Leichtsinn eines Anderen benutzt und sich von diesem bei einem mit demselben eingegangenen Darlehen oder anderen Vertrage höhere als die gesetzlich erlaubten Zinsen oder statt derselben andere das erlaubte Zinsenmaaß übersteigende Vortheile versprechen und leisten läßt, Geldbuße vom doppelten bis zum zehnfachen Betrage des gezogenen unerlaubten Gewinnes. Gleiche Strafe trifft nach Art. 287 denjenigen, welcher den Nothstand oder Leichtsinn eines Anderen benutzt und sich bei einer auf eine Geldleistung gerichteten Forderung als Conventionalstrafe oder für die Stundung der Forderung mehr versprechen und leisten läßt, als ihm gesetzlich als Zinsen zu nehmen erlaubt ist. Nach Art. 288 tritt, wenn das Versprechen und Leisten höherer Zinsen oder Vortheile, als erlaubt ist, dadurch verdeckt wird, daß der Gläubiger sich größere Summen oder bessere Münzsorten versprechen läßt, als er zu fordern berechtigt ist, oder dadurch, daß bei Darlehnen statt baaren Geldes Staats- oder Creditpapiere oder andere Sachen gegeben werden, oder wenn die Ueberschreitung des Zinsmaaßes auf irgend eine andere Art verschleiert wird, ebenfalls obige Strafe ein; wurde jedoch der wucherliche Vertrag von dem Gläubiger verschleiert, um den Schuldner zu täuschen, so daß dieser das wahre Verhältniß der Zinsen oder sonstigen Vortheile zum Kapital nicht erkennen konnte, so

Digitized by Google

sind gegen den Gläubiger statt obiger Strafe die Strafen des einfachen Betruges anzuwenden, welche auch dann eintreten sollen, wenn es sich bei der Täuschung nicht um Benutzung eines Nothstandes oder Leichtsinnes des Schuldners handelte. Gewerbsmäßiger Wucher zieht nach Art. 289 außer der verwirkten Geldstrafe noch Gefängniß bis zu zwei Jahren nach sich. Art. 290 will im Rückfalle die zu erkennende Geldstrafe erhöht wissen, was bis zur Verdoppelung steigen kann. Daneben ist wegen des Rückfalles noch bei einfachem Wucher auf Gefängniß und bei gewerbsmäßigem Wucher auf Gefängniß bis zu zwei Jahren oder Arbeitshaus bis zu zwei Jahren zu erkennen. Das altenburgische Criminalgesetzbuch vom 3. Mai 1841 Art. 293 bedroht denjenigen, welcher sich höhere als die gesetzlich gestatteten Zinsen oder andere den Betrag dieser Zinsen übersteigende, zu Geld zu veranschlagende Vortheile versprechen oder leisten läßt, mit einer Geldbuße im zehnfachen Betrage des zu viel Bedungenen oder Erhobenen. Gleiche Strafe trifft nach Art. 294 diejenigen Gläubiger, welche von ihren Schuldnern sich größere Summen oder bessere Münzsorten versprechen lassen, als sie zu fordern befugt sind, oder welche für die Stundung einer Forderung sich mehr als den Betrag oder Werth der gesetzlich gestatteten Zinsen geben oder leisten lassen. Wer bei Ausleihung von Darlehnen dem Schuldner statt baaren Geldes Sachen aushändigt, verfällt nach Art. 295 in Geldstrafe bis zu 100 Thalern. Unterhändler bei wucherlichen Geschäften trifft nach Art. 296 Geldstrafe bis zu 50 Thalern. Art. 297 bedroht betrüglichen Wucher mit den Strafen des einfachen Betruges. Rückfall zieht nach Art. 298 außer der Geldbuße Gefängniß bis zu drei Monaten nach sich. Gewerbsmäßiger Wucher wird im Art. 299 neben der Geldbuße mit Gefängniß bis zu zwei Jahren, im Rückfalle mit Arbeitshaus bis zu zwei Jahren bedroht.

Zum Wucher im weiteren Sinne gehört nach den teutschen Reichsgesetzen[54]) ferner 1) der sog. Ankauf der Früchte auf dem Halme[55]). Darunter verstehen dieselben jeden vor der Ernte zu eigenem Vortheile mit einem Landmanne listiger Weise eingegangenen Kaufvertrag oder Vorschußvertrag, wodurch dieser genöthigt wird, von seinen geernteten Früchten dem „Abkäufer oder Ausleiher" zu einem geringeren als demjenigen Preise zu überlassen, welcher entweder zur Zeit des eingegangenen Vertrages oder vierzehn Tage nach der Ernte der Marktpreis ist. 2) Der Ankauf eines jährlichen Fruchtzinses (Gülte), wodurch an Geldeswerth dem Käufer mehr als jährlich fünf vom Hundert des Kaufgeldes entrichtet wird, ist jenem ersteren strafbaren Geschäfte dann gleichgestellt, wenn dem Verkäufer des Zinses das Wiedereinlösungsrecht durch

54) Reichspolizeiordn. v. 1548 und 1577 Tit. 19, §. 1 u. 3.

55) Dieser Name ist nicht gemeinrechtlich. Die Reichspolizeiordnungen a. a. O. §. 1 sprechen nur von „Saamen, so noch auf dem Felde stehen", auch vom „Wein an den Stöcken".

Digitized by Google

den Vertrag[56]) entzogen wird[57]). — Solche Verträge von beiderlei Art sollen auch ohne Klage des Verletzten an den anderen Contrahenten mit dem Verluste des Kapitales[58]) und überdies mit einer Ehren- oder Vermögensstrafe, nach Beschaffenheit des einzelnen Falles, geahndet werden.

Heimbach sen.

Württemberg[1]) — Königreich mit einem Flächeninhalt von $354^1/_3$ □Meilen und einer Bevölkerung von 1,793,319 Seelen (nach der Zählung zu Ende des Jahres 1857) — ist ein durch sein allmäliges Emporkommen, unter äußerlich ungünstigen Verhältnissen und durch seine Verfassungskämpfe geschichtlich merkwürdiges Land[2]). Außer dem Stammhause Württemberg, im Neckarthale gelegen, und einer Anzahl von Burgsitzen, Dörfern und Weilern, umfaßte die Grafschaft Württemberg um die Mitte des 13. Jahrhunderts die nachmaligen Städte Canstatt, Stuttgart, Schorndorf, Waiblingen und Leonberg. Es ist ungewiß, ob der Grafentitel von einem früheren Grafenamte (im Rems- oder Neckargau?) abgeleitet[3]) oder von einer anderen Besitzung des Hauses (Stellenburg-Veringen? Gröningen an der Donau?) auf die Burg Württemberg übertragen worden[4]). Uebertragungen dieser Art waren nicht ungewöhnlich. So ward der Markgrafentitel von der Markgrafschaft Verona, im Besitz der jüngeren Linie des Hauses Zähringen, auf Baden übertragen; ein anderer Nachgeborener dieses herzoglichen Hauses, Adalbert, übertrug den Herzogstitel auf die Burg

---

56) Die Bedingung, daß die Wiedereinlösung dem Verkäufer nicht zustehen solle, ist in der Reichspolizeiordnung v. 1577 Tit. 17, §. 9 ohnehin für ungiltig erklärt.

57) Reichspolizeiordnung v. 1548 und 1577 Tit. 19, §. 2, 3.

58) Wem dieser zu Gute kommt, ist im Gesetze nicht bestimmt.

1) Dies ist jetzt amtliche Schreibart. In den lateinischen Urkunden des 11—13. Jahrhunderts und noch in den teutschen bis in das 16. Jahrhundert wird der Name gewöhnlich mit i (Wirtemberg) geschrieben.

2) Die württembergische Geschichte ist ausführlich dargestellt von Sattler, Geschichte Würtenbergs bis 1260. Tübingen 1757. Geschichte Würtenbergs unter den Grafen 4 Fortsetzungen, Tübingen 1767 u. 68. 4 Bde. (2. Aufl. in 4 Theilen 1773—77.) Geschichte unter den Herzogen bis 1734, 13 Theile 1769—83. (Besonders werthvoll durch das beigefügte Urkundenbuch.) R. Pfaff, Geschichte Wirtenbergs, 3 Theile, Stuttgart 1835—39. Stälin, wirtemb. Geschichte, bis jetzt 3 Theile, Stuttgart u. Tübingen 1841—56. Dieses vorzügliche Werk geht bis jetzt bis 1495. Eine urkundliche Geschichte der Haus- und Landesverfassung enthält Reyscher's Einleitung in die württemb. Staatsgrundgesetze in der von ihm veranstalteten Gesetzsammlung Bd. 1 u. 3. Vgl. Pfister, Geschichte der Verfassung des württemb. Hauses und Landes, bearb. von Jäger, Heilbronn 1838. (Die Quellenangabe fehlt meist.) Weitere Literatur s. bei Reyscher, Grundriß der württemb. Staats- und Rechtsgeschichte, Tübingen 1831, S. 13 flg.

3) C. F. Haug, histor. Untersuchung über die älteste Grafschaft Wirtenberg als Gaugrafschaft. Tübingen 1834.

4) R. Pfaff, der Ursprung und die früheste Geschichte des wirtenberg. Fürstenhauses, Stuttgart 1836. Stälin a. a. O. Th. II, S. 474 flg.

Digitized by Google

Tek (um das Jahr 1187). Jedenfalls war der erste, den wir mit voller Sicherheit als Stammvater des württembergischen Hauses bezeichnen können, Graf Ulrich mit dem Daumen, ein so mächtiger, kriegerischer und kluger Herr, daß ihm, einem Gegner des Königs Konrad IV. († 1254) und seines Sohnes Konradin († 1286), ein Theil der hohenstaufischen Hausmacht nicht entgehen konnte[5]). Das Herzogthum in Schwaben, welches schon die Gegenkönige Wilhelm und Richard dem Reiche heimgefallen erklärten, ward nach Beendigung des Zwischenreiches nicht mehr hergestellt und so gewannen die Grafen von Württemberg auch rechtlich die Unmittelbarkeit und Landeshoheit, welche sie zuvor schon thatsächlich innehatten; ja sie würden wohl auch die herzogliche Würde schon damals oder doch im 14. Jahrhundert (mit Erwerbung des Herzogthums Tek) erlangt haben[6]), wäre nicht das Interesse aller anderen schwäbischen Dynasten und vornämlich das des habsburgischen Hauses dahin gegangen, das herzogliche Amt in Schwaben, wenigstens außerhalb des eigenen Hauses nicht wieder aufleben zu lassen.

Die alten Stände. Den Kern des Landes bildete die „Landschaft", d. h. die Gesammtheit der Städte, welche selbst wieder als Sitze des Gerichtes und Mittelpunkte für die Landesvertheidigung eine größere oder kleinere Anzahl umliegender Amtsorte vertraten. Die Unterthanschaft beruhte zum Theil auf besonderen Verträgen und manche Rechte zweifelhaften Ursprunges sind erst allmälig in eine wirkliche und anerkannte Landesherrlichkeit übergegangen. Die Städte Markgröningen, Stuttgart, Steufen, Leonberg, Waiblingen, Schorndorf, Backnang, welche sich im Jahre 1312 dem Reiche ergeben hatten[7]), wurden bald wieder zurückgebracht; doch fühlten sich die Grafen lange nicht sicher in ihrem Besitze[8]). Dagegen standen die Dörfer Großgartach und Kirchheim am Neckar, welche noch von Schriftstellern des vorigen Jahrhunderts unter den unmittelbaren freien Reichsdörfern angeführt werden[9]), bereits im 15. Jahrhundert unter württembergischer Vogtei;

---

5) Trithemius, Chronicon Hirsaugiense Tom. I. ad ann. 1264: Conrado Regi et eius similiter filio Conradino, Suevorum Ducibus et plurimum contrarius fuit, quem armis nunquam, beneficiis et muneribus sibi aliquando consentaneum quidem fecerant, subiecto vero nunquam.

6) Das sog. Großherzogthum Tek, welches in dem württembergischen Herzogsbriefe von 1495 dem Herzogthum Württemberg einverleibt ist, war schon 1299—1381 allmälig von den Grafen von Württemberg erworben, ohne daß diese deshalb Herzoge hießen. Die Landvogtei in Schwaben wurde im 14. und 15. Jahrhundert von den Kaisern wiederholt an Württemberg übertragen.

7) Sattler, Geschichte der Grafen von Württemberg 1. Forts. Beil. Nr. 43—48. Markgröningen war früher Reichsburg. Auch Waiblingen war vordem Reichsort.

8) S. die Verschreibungen der Bürgerschaften von 1383 und 1396. Sattler 1. Forts. Beil. Nr. 173—175. 2. Forts. Beil. Nr. 12.

9) v. Dacheröden, Staatsrecht der freien Reichsdörfer Th. 1, S. 140, 151. Schmidt, princ. iuris publ. Ingolstadt 1768. p. 303.

Digitized by Google

nur einige Vorrechte erinnerten noch in der Folge an die alte Reichsfreiheit[10]).

Die beiden höheren Stände — Prälaten und Ritterschaft, — welche mit der Landschaft „zu Förderung gemeinen Nutzens“[11]) zuweilen sich verbanden, wurden „Zugewändte“ oder „Verwandte“ der Grafschaft des Fürstenthums genannt, nicht Unterthanen. Jene, die Prälaten oder Vorsteher der reicheren Mannsklöster leisteten keine Erbhuldigung, sondern anerkannten nur ein Schirmrecht (Advokatie) der Grafen und Herzoge von Württemberg, welchen sie sich allenfalls auch wieder entwinden könnten[12]); doch ließen sie sich als geistliche Räthe derselben gebrauchen und nahmen Theil an den Landtagen. Diese beiden Beziehungen dauerten auch nach der Reformation noch fort, indem die evangelischen Prälaten, obgleich nunmehr vom Landesherrn bestellt, forthin die in abgesonderter Verwaltung gebliebenen Klöster und deren

---

10) Reyscher, Sammlung altwürttemberg. Statutarrechte Th. 1, S. 516—524, 528, 530—533, 536. Merkwürdig ist die in einem hofgerichtlichen Urtheile von 1538 (das. S. 523 Note), nach Angabe der Gemeinde mitgetheilte Veranlassung des pactum subiectionis mit Württemberg: es sei noch kund, daß vor alten Zeiten Kirchheim a. N. ein frei Dorf und niemands unterwürfig gewesen, dann allein kaiserlicher Majestät; derohalb sich viel Ufritts, Zwietrachts und Haders von etlichen Edelleuten allda zugetragen; denn wo ein Edelmann Widerwillen gegen einen andern getragen, so wollten sie ihren Ufritt zu K. haben, weshalben die von K. besorgen mußten, daß ihnen großer Schad' davon erwachsen möcht und seien zuletzt der Sach räthig geworden, einen Schirmherrn zu suchen und anzunehmen; sie hätten demnach aus freien Stücken die gnädige Herrschaft Wbg. zu eim Schirmherrn auserwählt und also sich gutwilliglich hintergeben und angenommen ihres gnädigen Fürsten und Herrn Voráltern seligen Gedächtnuß und also für und für unterwürflich gemacht; es sei ihnen auch zugesagt worden, sie bei ihren alten Freiheiten zu erhalten, und obwohl sie aus Unvernunft selbiger Zeit dessen nicht Brief und Sigel begehrt, so sei ihnen doch alles bisher gehalten und Hand überdeckt (d. h. sie geschützt) worden. Kirchheim a. N. behielt auch die Criminalgerichtsbarkeit (das. Bl. 543) und eigenes Standschaftsrecht auf den Landtagen, war aber im J. 1606, bei Gelegenheit der Erneuerung des Lagerbuches, nahe daran, in die Leibeigenschaft versetzt zu werden, indem der Renovator ohne weiteres das in den Nachbarorten gewöhnliche Kapitel von der Leibeigenschaft übertrug. Glücklicherweise wurden die Einwohner dies bei Zeiten gewahr und Herzog Ludwig von Württemberg bestätigte sie auf eingelegten Widerspruch im hergebrachten Genusse ihrer Freiheit. — Den freien Personen in dem Reichsdorfe Großgartach ward es nicht so gut: die Mannspersonen wurden einer Mannssteuer, die Frauen einer Leibhenne unterworfen. —

11) So lautet eine auf den Abt zu Blaubeuren im J. 1498 ausgestellte Conventsvollmacht. Reyscher, Gesetzsammlung Bd. 1, S. 249, Note.

12) Der Stuttgarter Vertrag von 1485 (Gesetzsammlung Bd. 1, S. 497) spricht nur von einer Erbhuldigung, so die Landschaft gethan; im Gegensatze zum gemeinen Eid von Prälaten und Landschaft. — Probst und Convent zu Denkendorf, welche sich erst 1424 in den württembergischen Schutz begaben, versprachen, für die beiden regierenden Grafen und ihre Erben zu beten und ihnen wie andere Gotteshäuser, die in ihrem Schirm seien, zu thun und gehorsam zu sein, solcher Gnad und Schirmes wegen. Bald darauf (1442) nahm Kaiser Friedrich III. sie in den unmittelbaren Reichsschutz und erst mit der Reformation brachte Herzog Ulrich das Kloster ganz unter seine Botmäßigkeit.

Digitized by Google

Hintersassen von Amtswegen auf den Landtagen vertraten. In Folge des kaiserlichen Restitutionsedictes vom 6. März 1629 versuchten die wieder eingesetzten katholischen Prälaten mit Hilfe des zur katholischen Religion übergetretenen Professors der Rechte, Dr. Chr. Besold[13]), ihre alte Reichsunmittelbarkeit urkundlich darzuthun; der westphälische Frieden (1648) vereitelte jedoch diese Bemühungen, indem er die Zurückstellung der Klöster, Stiftungen und Kirchengüter an Württemberg aussprach.

Die Ritterschaft war zwar großentheils durch Lehens- und Dienstpflicht dem Landesherrn verbunden. Einzelne hatten in der Klasse der „Räthe" (zuweilen werden blos diese statt der Ritterschaft genannt) den bedeutendsten Einfluß auf die Landesangelegenheiten. Die Lossagung von Herzog Eberhard II. und das ständische Regiment während der Minderjährigkeit des Herzogs Ulrich (1498) wurden noch von allen drei Ständen: Prälaten, Rittern und Landschaft beschlossen und ausgeführt. Im 16. Jahrhundert aber, wo allmälig regelmäßige Schatzungen zur Unterstützung der fürstlichen Kammer aufkamen („man landtage ja nur Steuern", klagten auch die aufständischen Bauern im Remsthale 1514) und wo überhaupt die Regierungsrechte erweitert wurden, trennte sich der bisherige Landesadel von der Landesgemeinde. Noch im Jahre 1548 finden wir einen Ausschuß der Ritterschaft und Landschaft wegen Einführung des Interim und der Einquartierung zu Nürtingen versammelt. Aber alle Bemühungen, die Ritterschaft wieder dauernd mit dem Lande zu verbinden, schlugen fehl. Gestützt auf das alte Bündnißrecht und ihre bereits reichsgesetzlich[14]) anerkannte Unmittelbarkeit vereinigten sich die Kantone der schwäbischen Ritterschaft zu einer Ritterordnung, welche vom Kaiser bestätigt wurde. Im Jahre 1577 verbanden sich mit ihr die beiden anderen Ritterkreise, der rheinische und der fränkische, zu Einem Corpus der unmittelbaren Reichsritterschaft[15]). Die Lehenspflicht ward zwar vorbehalten, doch kam es darüber zu wiederkehrenden Streitigkeiten, welche erst im 18. Jahrhundert ausgetragen wurden[16]).

Münsinger Vertrag 1482. Herzogsbrief 1495. Die ersten Ordnungen.

Es war ein glücklicher Umstand für das Aufblühen des Regentenhauses, daß bis in die Mitte des 15. Jahrhunderts zu gleicher Zeit nie mehr als zwei berechtigte Linien

13) Instr. pacis Osnabrug. art. V. §. 25. Wir verdanken jenem unlautern Versuche Besold's eine wichtige Urkundensammlung: Documenta rediviva Monasteriorum in Ducatu Wirtemb. sitorum. Tub. 1636. 4. Dagegen wurden die dem fürstlichen Archiv entwendeten Urkunden trotz der ausdrücklichen Bestimmung des westphälischen Friedens von Bayern bis jetzt nicht restituirt.

14) In den Religionsfrieden von 1555 §. 26 wurden auch die „freyen Ritterschaften, welche ohne Mittel der kaiserlichen Majestät unterworfen", eingeschlossen.

15) Als solche anerkannt in dem Osnabrücker Frieden Art. V, §. 28.

16) Vergleich mit den ritterschaftlichen Kantonen Nekar-Schwarzwald und Kocher v. 30. Oct. 1769, bei Moser, vermischte Nachrichten von reichsritter-

Digitized by Google

vorhanden waren. Durch den Vertrag zu Nürnberg v. 4. December 1361 wurde zuerst die Untheilbarkeit und Unveräußerlichkeit zwischen den Grafen Eberhard II. und Ulrich IV. festgesetzt. Nachdem in einer späteren Generation (1441) dennoch das Land in zwei Hälften, mit den Sitzen zu Urach und Stuttgart, getheilt war, vereinigte der Münsinger Vertrag vom 14. December 1482 wieder die beiden Landestheile, indem er die ungetheilte Erbfolge mit dem Vorzuge des Aeltesten einführte. Dieser Vertrag ward abgeschlossen zwischen den Grafen Eberhard V. genannt im Bart, und seinem Vetter, Eberhard dem jüngeren, mit Rath von Prälaten, Ritterschaft und Landschaft, welche schon zuvor öfters in den Angelegenheiten des Hauses und Landes beigezogen worden waren und nun auch bei künftigen Streitigkeiten über die Vollziehung des Vertrages die Entscheidung geben sollten. Indessen hatte Eberhard der jüngere für seine Person noch nicht auf allen Antheil an der Regierung verzichtet. Erst durch den Stuttgarter Vertrag vom 22. April 1485 und den Frankfurter Entscheid vom 30. Juli 1489 ward der Münsinger Vergleich in dieser Beziehung vervollständigt, indem nun Graf Eberhard der ältere durchaus allein regieren und alle geistlichen und weltlichen Lehen verleihen sollte. Für den Fall, daß beide Grafen Nachkommen erhalten würden, behielt der Frankfurter Entscheid die Theilung wieder offen.

Graf Eberhard der ältere, welcher auch in den Reichsangelegenheiten großes Ansehen genoß und namentlich die Errichtung des schwäbischen Bundes (1487) sich angelegen sein ließ, ward den 21. Juli 1495 auf dem Wormser Reichstage vom Kaiser Maximilian I. zum Herzoge erhoben, das Land selbst in dem Herzogsbriefe unter erneueter Bestätigung des Münsinger Vertrages (die erste Bestätigung ertheilte Kaiser Friedrich III. im J. 1484) zu einem untheilbaren und unveräußerlichen Mannslehen und Herzogthum erklärt. Das Erstgeburtsrecht trat an die Stelle des im Münsinger Vertrage eingeführten Seniorates. Auch wurde der Heimfall des ganzen Landes, mit Einschluß der bisher allodialen Besitzungen und Weiberlehen, dem Reiche vorbehalten. Noch im Jahre 1495 erließ Eberhard I. eine Landesordnung, welche von seinen Nachfolgern wiederholt erweitert und verbessert wurde. Eine Hofgerichtsordnung hatte er schon im Jahre 1475 erlassen und darin namentlich den Appellationszug bestimmt[16a]). Die Universität Tübingen ward gleichfalls von Eberhard (1477) unter Mitwirkung seines Oheims, des Grafen Ulrich V., der damals den Stuttgarter Landestheil regierte, gegründet[17]).

schaftlichen Sachen St. 1, S. 31. v. Kramer, Nebenstunden Th. 112, S. 196. Vergleich mit dem Ritterkanton Kraichgau v. 1. Juli 1783. Breyer, elem. iuris publ. wirt. §. 85.

16a) Der Vetter, Graf Ulrich, hatte sich bald auch angeschlossen. G. R. v. 2. Oct. 1486.

17) Man hat daraus, weil in der päbstlichen Bulle v. 13. Nov. 1476 bis

Digitized by Google

Regimentsordnung 1498. Tübinger Vertrag 1514.

Eberhard starb kinderlos 1496 mit Hinterlassung eines Testamentes, worin er seinen Vetter Eberhard den jüngeren in Gemäßheit des Münsinger Vertrages zum Erben und Nachfolger einsetzte. Das Land kam also an Eberhard II. und nun trat bald ein Ereigniß ein, welches die Stellung der damaligen Stände in ihrer ganzen Bedeutung zeigt. Da der neue Herzog schon früher sich unfähig gezeigt hatte, eine geordnete Regierung zu führen, so sollte demselben nach dem Eßlinger Vertrage von 1492 für den Fall, daß er nach dem Tode seines Vetters wieder zur Regierung gelangte, ein Ausschuß von zwölf ständischen Räthen, vier aus jedem Stande, mit dem Landhofmeister an der Spitze zur Seite gesetzt werden. Dieser Ausschuß sollte in vormundschaftlicher Weise die Regierung führen, wenn an den geisteskranken Grafen Heinrich oder dessen minderjährigen Sohn die Regierung käme. Zu dieser ständischen Mitregierung resp. Alleinregierung hatte nicht blos Eberhard II. in dem Eßlinger Vertrage voraus die Einwilligung gegeben, sondern auch der Kaiser hatte in dem Herzogsbriefe von 1495 „kraft königlicher Machtvollkommenheit" seine Bestätigung ertheilt. Nachdem aber der Herzog bald nach dem Antritte der Regierung neue Unordnungen beging und, verleitet von seinen Günstlingen, in Mißhelligkeiten sowohl mit auswärtigen Fürsten als mit den alten, von Eberhard I. eingesetzten Räthen gerieth, schritten diese zur Sicherung des Landes ein, indem sie einige der herzoglichen Diener gefangen setzten und als der Herzog statt zu dem von ihm berufenen Landtage nach Stuttgart zu kommen, in das Ausland sich begab, wurde das in dem Eßlinger Vertrage vorhergesehene Regiment eingesetzt, um statt des „ausgetretenen" Herzogs die Regierung zu führen (9. April 1498). Tags darauf sagten die Räthe, Ritter, Vögte und andere Diener bis auf die Schreibersknechte, reitende Boten und Trompeter herab den Gehorsam auf. Nun ließ sich der Herzog herbei, zu Gunsten des unmündigen Grafen Ulrich (dessen kranker Vater wurde übergangen) der Regierung zu entsagen. Der Kaiser gab, nachdem der Vorgang durch den Kurfürsten von Sachsen untersucht war, zu all diesem seine reichsoberhoheitliche Bestätigung.

„Ziemliche und unschädliche Kurzweil suchen (so will es die ständische Regimentsordnung von 1498), des Tags vier Stunden der Lernung obliegen, mit der gnädigen Frau Mutter und zu Zeiten mit fremden Botschaftern und den Räthen essen, mit ihren fürstlichen Gnaden zu Kirchen gehen, auch mit und bei ehrbaren Leuten wandeln und sonst wie sich gebührt, in Gottesfurcht erzogen werden" — dies war Alles, was man von „unserem gnädigen jungen Herrn Grafen" erwarten konnte.

---

1. März 1477 dem Propst der St. Georgenkirche, als Kanzler, dieselben Rechte eingeräumt sind, wie dem Archidiakonus zu Bologna, schließen wollen, daß die Verfassung der Universität Bologna zum Muster gedient habe. S. jedoch Eisenlohr in der Sammlung der Tübinger Universitätsgesetze (Bd. 11 der württemberg. Gesetzsammlung) Einleitung S. XXVIII.

Digitized by Google

Kaum aber hatte dieser das 16. Jahr zurückgelegt (er wurde bis zum Regierungsantritt immer noch Graf genannt), so wurde er vom Kaiser für volljährig erklärt und mit dem Herzogthum belehnt. „Es wäre dem Lande ersprießlicher, wenn es von Einem als von Vielen regiert würde" — meinten die kaiserlichen Räthe. Der junge Herzog hatte Glück. Bisher wurde das Land durch kaiserliche Lehen, durch Ankauf oder Heurath, zum Theil auch durch glücklich geführte Fehden oder freiwillige Unterwerfung allmälig ansehnlich erweitert. Dazu kam jetzt in dem bayerischen Erbfolgekriege (1504) eine größere Eroberung. Das Kloster Maulbronn, die Städte und Aemter Neuenstadt, Weinsberg, Möckmühl und Besigheim (dieses zunächst nur als Pfandschaft von Baden) wurden von dem Herzog rasch in Besitz genommen und im Frieden behauptet. Auch die Lehensherrlichkeit über die Stadt Gochsheim und die Grafschaft Löwenstein wurden von ihm erworben, diese jedoch dem Grafen von Löwenstein als ein unter württembergischer Landeshoheit stehendes Lehen zurückgegeben. Endlich erhielt er von Bayern zum Ersatze für die Kriegskosten die Herrschaft Heidenheim mit der Schirmvogtei über die Klöster Anhausen, Herbrechtingen und Königsbronn. Nun aber begann ein bisher nicht gekannter Aufwand bei Hofe; der Herzog stürzte sich in eine große Schuldenlast und als ihm diese beschwerlich wurde, ritt er in die vornehmsten Städte, indem er sie einzeln anging, daß jeder Unterthan ihm von einem Gulden Hauptgutes jährlich 1 Pfenning abtrage. Mißjahre traten ein, welche die Fortsetzung dieser Schatzung unthunlich machten; jetzt wurde ein anderer Weg ausgedacht, um alle Stände: geistlich, weltlich, edel und unedel, frei und unfrei, heimische und fremde beizuziehen: eine Verzehrungssteuer wurde beschlossen und, als die Amtleute widerriethen, ohne die Landschaft zu handeln, gab der größere Theil der Städte auf drei Jahre die Einwilligung mit dem Beding, daß diese neue Hilfe von Zweien der Landschaft eingenommen und zur Schuldentilgung verwendet werde. Der Wein unterlag schon bisher in den meisten Orten dem sog. Umgeld (Unpflicht, indebitum). Einer ähnlichen Auflage sollte nun auch das Fleisch unterliegen, Brod nicht, weil dessen der arme Mann nicht entrathen könne. Um die Fleischsteuer (3 Schillinge auf den Centner) auf den Consumenten zu wälzen, wurde das Gewicht herabgesetzt; das machte böses Blut, und als von den Städten das erniedrigte Gewicht in die Flecken hinausgeschickt wurde, welche man gar nicht gefragt hatte, entstanden Unruhen. Eine Verbindung armer Landleute im Remsthale, genannt der arme Keinrath, welche die politische Unzufriedenheit in lustige Schwänke einzukleiden wußte, bemächtigte sich des öffentlichen Unwillens (1514) und fand immer größeren Anhang. „Wer nicht geben will den bösen Pfenning, tret mit mir in diesen Ring" (Kreis, Verbindung), war die Losung; das Gewicht ward der Wasserprobe unterworfen, sank natürlich unter und so war über das neue Gesetz gleichsam durch ein Gottesurtheil der Stab gebrochen. Der Bauern-

Digitized by Google

aufstand (nicht zu verwechseln mit dem Bauernkrieg von 1525) drohte sich weiter auszubreiten. Da wurde ein Landtag nach Stuttgart berufen, und als der Herzog nach Tübingen sich begab, folgten ihm außer den kaiserlichen Räthen und fremden Gesandten, welche gekommen waren, Frieden zu stiften, die Prälaten und die Städteabgeordneten nach, den Abgeordneten der Aemter, welche diesmal ausnahmsweise erschienen waren, überlassend, ihre Beschwerden schriftlich nachzusenden. Die Verhandlungen in Tübingen endigten damit, daß dem Herzog zur Zahlung seiner Schulden von der Landschaft auf fünf Jahre eine Beihilfe von je 22,000 Gulden zugesagt und überdies eine Schuldenlast von 800,000 Gulden abgenommen wurde. Dagegen wurde in dem Tübinger Vertrage (8. Juli 1514) dem Lande eine Reihe von Rechten eingeräumt, welche zwar großentheils nicht neu, aber doch in dieser allgemeinen und verbrieften Weise bisher von dem Landesherrn nicht anerkannt waren, so das Zustimmungsrecht bei Bündnissen[18]), Landesveräußerungen, Einführung neuer Ordnungen[19]), ferner Zugsfreiheit und Schutz der Unterthanen gegen willkürliches Verfahren in peinlichen Sachen. Eines der wichtigsten Rechte, welches freilich auch bisher schon geübt wurde, war die Steuerverwilligung, die als Ausfluß der Selbstbesteurung auch das Recht der Steuererhebung in sich schloß und ursprünglich ganz von dem freien Willen der Stände abhing[20]). Zwar ward zugesagt: Prälaten und Landschaft sollten mit keiner Schatzung, außerordentlichen Hilfe oder Beschwerde mehr belegt werden; auch sollte die jetzt verwilligte nach dem Tode Herzog Ulrich's aufhören; da aber die fürstliche Kammer, welcher an sich der Hof- und Landesaufwand oblag, mit den alten, besonders paktirten Steuern, Beeden und anderen Gefällen und Regalien selten ausreichte, so wurden immer wieder die Verwilligung neuer Kammerbeiträge und die Uebernahme neuer Kammerschulden nothwendig. Hieran knüpften sich zwei ständische Einrichtungen: 1) das ständische Kassenrecht, indem die Stände, um sich ihrer Verschreibungen zu entledigen, die aufgebrachte Ablösungshilfe in Verwahrung nahmen. Anfangs wurde einer der Einnehmer

18) Bei Kriegen war nur Rath und Wissen gemeiner Landschaft nöthig, außer wenn der Krieg blos zur Hilfe für Auswärtige geführt wurde und Zuzug von der Landschaft geschehen sollte.

19) Schon das Reichsgesetz de iure statuum terrae v. J. 1231 bestimmte ganz allgemein, daß weder die Fürsten, noch andere Herren Verordnungen oder neue Rechte einführen dürfen, nisi meliorum et maiorum terrae consensus primitus habeatur. Pertz, Monum. Germ. Legum Tom. II. p. 283.

20) Der Note 19 angeführte Reichsschluß bezieht sich auch hierher; siehe Sachsenspiegel, Landrecht (nach Homeyer) III, 91, §. 3: He (der Landrichter) ne mut ok nen gebot, noch herberge, noch bede, denest, noch nen recht uppet land setten, it ne willekore dat land. Nur einige Beihilfen: für Abfertigung fürstlicher Fräuleins (Fräuleinsteuer), Auslösung des gefangenen Landesherrn, für einen Landeskrieg (doch solle der Herzog, wie seine Voreltern die Lieferung geben) waren als nothwendig anerkannt, wozu später, in Folge der Reichsgesetze, noch die Reichs- und Kreissteuern kamen.

Digitized by Google

bei der Landschaftskasse von dem Herzoge bestellt, später ward auch dieser von den Ständen ersetzt. 2) Der ständische Ausschuß. Schon im Tübinger Vertrag wurde eine landschaftliche Deputation bestellt, welche die Aufsicht über die Einnehmer führte. Bald entwickelte sich daraus ein bleibender Ausschuß, der in der Zwischenzeit von einem Landtag zum andern im Auftrage und Interesse von Prälaten und Landschaft die ständischen Interessen wahrnahm (1. Ausschußstatut 1529). Auf diese Weise wurde der Tübinger Vertrag nebst Abschied die Grundlage der Landesverfassung für das Herzogthum Württemberg; die späteren Erweiterungen, Erläuterungen und Einschränkungen in herzoglichen Testamenten, Landtagsabschieden, Compactaten schlossen sich an jene Grundlage an und galten dem Prinzipe nach nur, wenn und soweit sie beiderseits zugestanden waren. Auch sollten die in dem Tübinger Vertrag ertheilten Freiheiten von jedem Nachfolger an der Regierung durch Brief und Siegel bei fürstlichen Würden und im Wort der Wahrheit versichert und der neue Herr nicht vor Erfüllung dieser Form eingelassen noch ihm Gehorsam geleistet werden. Diese Suspensivbedingung wurde zwar nicht immer erfüllt; doch haben alle herzoglichen Nachfolger, auch diejenigen, welche sich nachgehends als Feinde der landschaftlichen Ordnung erwiesen, sei es vor oder nach dem Regierungsantritte den Tübinger Vertrag mit den nachgefolgten Abschieden u. s. w. förmlich anerkannt.

Oesterreichische Zwischenregierung.

Herzog Ulrich selbst trug eben nichts dazu bei, das Land zu beruhigen. Nachdem ihm die Städte, vor allem Tübingen, das deshalb für immer zum Sitze des Hofgerichts erwählt wurde, geholfen hatten, der Aufständischen sich zu bemächtigen, gab die Verschwendung bei Hofe und das zügellose Privatleben des Herzogs Anlaß zu lauten Beschwerden. Doch wären diese wohl weniger beachtet worden, hätte nicht der leidenschaftliche Herr durch Ermordung seines adeligen Dieners, Johanns von Hutten (1515) das Augenmerk aller Welt auf sich und seinen despotischen Charakter gezogen [21]). Auch jetzt noch (1516) verwandten sich Ritterschaft und Landschaft für den schwer angeklagten Landesherrn. Beide verschrieben sich für eine der Hutten'schen Familie zu gewährende Abfindungssumme; doch verweigerte nachher die Ritterschaft ihre Concurrenz zu den Hutten'schen Geldern und Landesumlagen und widersprach bei diesem Anlaß ihrer behaupteten Landstandschaft [22]). Einstweilen setzte die Landschaft ihre Bemühungen fort, den Kaiser und

---

21) Ulr. de Hutten epistolae (ad Fridericum piscatorem) urtheilt über Württemberg sehr gut, um so übler über seinen Herzog (1519): Habet hac regione haud facile aliam Germania pulchriorem. Ager optimus, coelum mire bonum et salubre, montes, prata, valles, flumina, fontes, sylvae, amoenissima omnia, fruges ut vixalibi proventa faciles. Vina ut in his locis. Ipsam Studgardiam terrae paradisum appellant Suevi. Ita situs est amoeno. — — — Mereturque principem terra haec bonum.

22) S. dagegen Erläuterung des Tübinger Vertrages von 1520 §. 10.

Digitized by Google

die Familie des Ermordeten mit dem Herzog auszusöhnen; schon war durch einen Vertrag zu Blaubeuren (18. October 1516) dieser Zweck erreicht: der Herzog versprach, sich auf sechs Jahre der Regierung zu begeben und den Hutten'schen 27,000 Gulden zu bezahlen, auch seiner mißhandelten Gemahlin Sabina, Prinzessin von Bayern, eine Ehrenerklärung zu geben, worauf die gegen ihn erkannte kaiserliche Acht wieder aufgehoben wurde. Aber der Herzog machte den Frieden unmöglich durch immer wiederkehrende Ausbrüche seiner Heftigkeit. Schon auf dem Heimwege von Blaubeuren strafte er einen Schuß aus dem Helfenstein'schen Schloß Hildenburg, der niemanden verletzte, durch dessen Zerstörung. Als er sich vollends herausnahm, an der Reichsstadt Reutlingen wegen Tödtung eines seiner Diener, die von dort aus erfolgt sein sollte, Rache zu nehmen, sie zu erobern und zu einer Landstadt zu machen, brach der lange verhaltene Sturm aus. Der schwäbische Bund fiel in das Land ein, eroberte dasselbe (1519) und überließ es dem König Ferdinand, Erzherzog von Oesterreich, zur Verfügung (1520). Herzog Ulrich hatte gehofft, es durch eine rasche Besetzung wieder zu gewinnen, ward aber eben so rasch von den Bündischen wieder vertrieben (1519). Der Versuch, den er in der kurzen Zeit des Wiederbesitzes nach dem Rathe seines Kanzlers, Dr. Volland machte, sich des Tübinger Vertrages in seinen Hauptsätzen zu entledigen, konnte nichts zu seiner Befestigung beitragen. Dagegen gaben die königlichen Commissäre in der Declaration vom 11. März 1520 dem Tübinger Vertrage eine Auslegung resp. Erweiterung, welche die Landschaft mit der Veränderung auszusöhnen geeignet gewesen wäre, hätte nicht die neue, österreichische Regierung durch strenge Mandate wider die lutherische Lehre, die bald Anhang auch in Württemberg fand, dem öffentlichen Geiste zuwidergehandelt. So gewann Herzog Ulrich, nachdem eine zweite Rückkehr zu seinem Erblande (1525) mißlungen war, endlich in diesem wieder Boden und in dem Landgrafen von Hessen einen mächtigen Verbündeten, der ihm den entscheidenden Sieg bei Laufen (13. Mai 1534) gewinnen half. Doch mußte er sich im Cadauer Vertrag (29. Juni 1534) gefallen lassen, das Herzogthum als österreichisches Afterlehen zurück zu empfangen, unbeschadet seiner Unmittelbarkeit zu Kaiser und Reich. Nun wurde die Reformation rasch im Lande durchgeführt. Aber nach dem unglücklichen Ausgange des Schmalkaldischen Krieges (1546) besetzten spanische Truppen unter Herzog Alba das Land und erst ein neuer lästiger Vertrag zu Heilbronn (3. Jan. 1547), worin er versprach, 300,000 Gulden Strafgelder zu bezahlen und vor Kaiser Karl V. einen Fußfall zu thun (der nachher in Ulm von einem künstlich abgerichteten Pferde, worauf der Herzog saß, ausgeführt wurde), ermöglichte ihm die Rückkehr; die spanische Besatzung blieb noch bis 1552. Ferner mußte er sich zur Annahme des Interims in Religionssachen bequemen (1548) und auf eine von Ferdinand erhobene Klage wegen Lehensuntreue, durch Theilnahme an dem Schmalkaldischen

Digitized by Google

Kriege an Oesterreich begangen, Rede stehen. Erst dem Sohne, Herzog Christoph gelang es, nachdem das Kriegsglück sich den Protestanten wieder zugewendet, in dem Passauer Vertrage (1552) von der Klage Ferdinand's sich loszukaufen. Die Afterlehenschaft aber blieb und wurde erst später in dem Prager Vertrage (1599) von Herzog Friedrich, gleichfalls mit Hilfe der Landschaft, gelöst. Die Anwartschaft auf den Fall des Abganges des württembergischen Mannsstammes, welche auf den Herzogsbrief sich gründete, wurde auch jetzt noch dem österreichischen Hause vorbehalten und mit ihr das Recht desselben, die württembergischen Titel und Wappen zu führen, wogegen österreichischer Seits die Bestätigung der Landesfreiheiten, insbesondre des Tübinger Vertrages, erneuert wurde, was auch von den nachfolgenden Kaisern als Erzherzogen von Oesterreich geschah. Erst durch den Preßburger Frieden vom 26. December 1805, Art. XV wurden alle und jede gegenseitigen Rechte zwischen Oesterreich und Württemberg, worunter auch die Oberlehensherrlichkeit über Blaubeuren und mehrere benachbarte Orte (die sog. Tiroler Lehen) aufgehoben.

Weitere Ausbildung der Landes- und Kirchenverfassung.

Hatte Herzog Ulrich durch den Tübinger Vertrag den Grund zu der erbländischen Verfassung gelegt, so ist dagegen deren redliche Anerkennung und Durchführung hauptsächlich seinem Sohne, Herzog Christoph zu verdanken, welcher mit dem „einigen und zusammengehörigen Corpus von Prälaten und Landschaft“[23]) stets auf bestem Fuße stand und zuletzt sein Testament in deren Mitte niederlegte (1566). Der kleine und große Ausschuß erhielten unter diesem wohlwollenden Fürsten eine bestimmtere Verfassung und Instruction (Ausschußstaat); auch wurde der Landschaft zur Bestreitung ihres eigenen Haushaltes (Landschaftsküche und Landschaftskeller) zur Bezahlung der Wartgelder der Ausschußmitglieder (50 Gulden hatten die Prälaten, 33 Gulden die städtischen Mitglieder jährlich) zu Verehrungen und anderen Ehrenausgaben jährlich mit Genehmigung des Herzogs eine bestimmte Summe angewiesen, worüber sie keine öffentliche Rechnung abzulegen hatte. (Ursprung der „geheimen Truche“.) Auch die von Herzog Ulrich eingeführte Kirchenverbesserung ward von Herzog Christoph unter Abschaffung des verwünschten Interim befestigt, die evangelische Lehre, wie sie in der Augsburger und in der vom Herzog der Kirchenversammlung zu Trient übergebenen besonderen württembergischen Confession enthalten, zur ausschließlichen Landesreligion erklärt, die 1536 erlassene kleine Kirchenordnung durch eine „große“ Kirchenordnung ersetzt (1559), das Vermögen der Stifter und Klöster, Ruralkapitel und die Localdotationen zu einem allgemeinen Kirchenkasten (Kirchengut) zusammengezogen und die Verwendung seiner Einkünfte für Kirche, Schule und für die Armen feierlich zugesichert; nur der Ueberschuß (das residuum) sollte zu Staatszwecken

23) Worte des Landtagsabschiedes von 1565.

Digitized by Google

verwendet, ordentlicher Weise aber ein Drittheil der Landessteuern auf das geistliche Gut gelegt werden[24]). Gleichfalls verdankt das Land dem Herzog Christoph sein erstes Landrecht (1555), vor dessen Abfassung die Berichte der Städte und Aemter über die bisherigen Erbrechtsgebräuche eingezogen wurden. Ein von Prälaten und Landschaft gewählter Ausschuß berieth mit einigen gelehrten Räthen des Herzogs dieses vom Landtag öfter erbetene Gesetzwerk. Die neue gemeine Landesordnung (1567) wurde mit dem großen ständischen Ausschusse verabschiedet.

Herzog Ludwig (regierte 1569—1593) folgte den Fußstapfen seines Vaters, in der Achtung der Landes- und Kirchenverfassung. Herzog Friedrich, von der Mömpelgarder Linie[25]), welcher ihm nachfolgte, brachte französische Regierungsmaximen mit auf den Thron. Nachdem er, wiewohl nur ungern und erst lange nach dem Regierungsantritt, den Tübinger Vertrag nebst nachgefolgten Declarationen und Landtagsabschieden bestätigt hatte, nachdem ihm auch die Landschaft das ganze Lösegeld zum Abkauf der österreichischen Lehensherrlichkeit (400,000 Gulden) bewilligt hatte, sah er in den gleichzeitig vorgetragenen Landesdesiderien eine Verletzung des ihm schuldigen Respectes. Statt, wie bisher üblich, die Landesversammlung mit einem „Abschied" zu entlassen, löste er sie und mit ihr den ständischen Ausschuß auf, indem er zugleich den Landschaftsconsulenten entsetzte und in die ständische Kasse und Registratur eingriff (1607). Er hatte bereits auf einem neuen, mit Auswahl berufenen Landtage eine Revision des Tübinger Vertrages durchgesetzt, als ihn der Tod ereilte (1608). Sein Sohn, Herzog Johann Friedrich, bestätigte wieder die alten vertragsmäßigen Rechte des Landes und den erneuerten „Staat" (Instruction)

---

24) Seit dem 30jährigen Kriege war das Kirchengut nicht mehr im Stande, neben den frembartigen Ausgaben, welche zuweilen ihm vom Hofe auferlegt wurden (unter Herzog Karl z. B. für die Unterhaltung der Jägerei, für die Hofmusik und das Theater) dieses Drittheil vollständig zur Landschaft zu entrichten; es wurde daher nur pro statu possibilitatis beigesteuert. Zum geistlichen Gute gehörten übrigens auch die Klosterhintersassen, welche zu jenem Drittheil contribuirten. Man rechnete 1772 deren 68,412 in 450 klösterlichen, stiftischen und anderen Ortschaften. Das Gesammteinkommen des Kirchengutes aus Grundstücken, Waldungen, Zehenten und anderen Gefällen betrug 1799 bis 1800 nicht weniger als 2,370,415 fl., davon Verwaltungskosten 845,961 fl., für Kirche und Schulen 472,839 fl., Arme 46,087 fl., der herzoglichen Rentkammer 66,199 fl. u. s. w.

25) Die Grafschaft Mömpelgard, durch Heurath des Grafen Eberhard III. mit der Erbtochter Gräfin Henriette von Mömpelgard an das Haus Württemberg gebracht, bildete eine Secundogenitur und fiel erst im Jahre 1723 an Württemberg zurück, ward aber auch jetzt noch nebst den damit verbundenen burgundischen und elsässischen Herrschaften, hinsichtlich welcher nach längerem Streite mit Frankreich 1748 die französische Lehenshoheit anerkannt wurde, abgesondert verwaltet, bis sie im Jahre 1801 für immer von Frankreich in Besitz genommen wurde.

Digitized by Google

der landschaftlichen Ausschüsse. Ein strenges Gericht traf aber den Rathgeber des vorigen Herzogs, den „Landschaftsfeind“ Geheimerath D. Matthäus Enzlin; dieser wurde wegen Unterschlagung fürstlicher Gelder, Bestechlichkeit, verübter Gewaltthaten, wozu noch Verrath an dem Landesherrn und verletzter Bruch der geschworenen Urfehde kam (die beiden letzten Punkte werden für hauptsächlich gravirend erklärt), in Untersuchung gezogen und nach Vernehmung der Rechtsgelehrten in Tübingen und Augsburg auf dem Marktplatze in Urach enthauptet (1613)[26]). Unter demselben Herzog wurde das dritte, noch jetzt giltige Landrecht (das zweite erschien 1567), nachdem eine von Enzlin vorgenommene Superrevision des Entwurfes[27]) theilweise redressirt worden, den 1. Juni 1610 im Drucke verkündigt. Auch diesmal war nicht mit der Landschaft im Ganzen das neue Werk durchberathen worden, sondern man begnügte sich, die neue Ausgabe des Landrechtes, worauf die Landschaft wiederholt gedrungen hatte, nach Vernehmung der Städte und Aemter über die zu treffenden Verbesserungen in einer Commission von Rechtsgelehrten, wozu ein Prälat und zwei von der Landschaft deputirt worden waren, zu berathen; eben diese Commission hatte nun auch über die Superrevision sich geeinigt, vorbehältlich der Entschließung des Herzogs, der ihre Anträge genehmigte. Fünfzig der auf Befehl von Enzlin bereits gedruckte Bogen mußten wieder umgedruckt werden und auch an den anderen wäre noch manches wieder zurückgebessert worden, wenn nicht die Rücksicht auf Sparsamkeit (um nicht das Ganze neu auflegen lassen zu müssen) überwogen hätte.

Die traurige Zeit des dreißigjährigen Krieges forderte ein engeres Zusammengehen der Regierung und Landschaft, zumal jene längere Zeit (1628—33) von einem vormundschaftlichen Landesadministrator (dem nächsten Agnaten, Herzog Ludwig Friedrich, dann Julius Friedrich) und nachher von einem jugendlichen Herzog Eberhard III. ausging. Der gewöhnliche Inhalt der Landtags- und Ausschußtagsabschiede — Verwilligungen einer-, Abstellung von Landesdesiderien und Landesbeschwerden andererseits — wiederholte sich auch hier. Noch unter Herzog Johann Friedrich (1628) kam es vor, daß der große Ausschuß neben der bisherigen Beisteuer eine Extraordinaricontribution zum Unterhalte der fremden Truppen verwilligte, nachdem die darin nicht vertretenen Stände Specialvollmachten für die anwesenden Mitglieder eingeschickt

---

26) Das Abhauen der Hand und Aufstecken des Kopfes auf einem Pfahle wurden erlassen, „weil er ein literatus und schon etliche Jahre in carcere.“

27) Enzlin schickte den von ihm vielfach geänderten Entwurf, ohne sich um die bisherige Commission, den ihm beigegebenen Kanzler Reinhard oder den ständischen Ausschuß, welcher doch sonst gefragt worden, zu bekümmern, unmittelbar in die Druckerei. An den Herzog wurde zwar über die vorgenommenen Aenderungen berichtet, aber bei weitem nicht Alles berührt, was Enzlin zum Theil erst in der zum Druck bestimmten Abschrift corrigirt hatte. K. G. Wächter, Geschichte, Quellen und Literatur des württemb. Privatrechtes S. 341.

Digitized by Google

hatten. Dieses Verfahren wurde später öfter wiederholt. Ein besonders wichtiger Landtag war indessen der vom Jahr 1629; hier wurden 2 Millionen Gulden Schulden auf die Landschaft übernommen und weitere 600,000 Gulden zur Verzinsung auf die Dauer der Administration. Dagegen versprach der Herzog-Administrator, daß das fürstliche Kammergut und die Landschaft mit keinen neuen Schulden beschwert, noch etwas von den Einkünften veräußert werden solle, es wäre denn durch eine außerordentliche Landesnoth geboten und auch hier nicht ohne Rath des engeren Ausschusses; widrigenfalls solle kein Diener oder Unterthan der Herrschaft behülflich sein und, würde sich doch ein oder der andere dazu brauchen lassen, derselbe von gesammter Landschaft als violator legum fundamentalium angeklagt und von dem Richter ernstlich bestraft werden, ohne durch eine Assecuration von eben davon befreit zu sein. Ferner solle gemäß den Landescompactaten kein Bündniß oder auswärtiger Krieg beschlossen werden, ohne vorherige Communication mit dem großen Ausschusse; endlich solle ohne Vorwissen des kleinen Ausschusses keine hauptsächliche Veränderung an den allgemeinen Landesordnungen stattfinden. Der Landtagsabschied vom Jahre 1633 bestätigte mit dem Abschiede von 1629 auch die letztere Bestimmung, welche später in den Erbvergleich von 1770 überging. Noch eine andere Neuerung wurde auf dem Landtage von 1629 zugestanden: Die Amtleute (Vögte, Obervögte), welche in alten Zeiten neben den städtischen Abgeordneten auf den Landtagen erschienen waren [28]), sollten schon nach der k. Declaration vom Jahre 1520 nicht mehr berufen werden. Im Jahre 1551 bat die Landschaft den Herzog Christoph, es hierbei zu belassen, indem sie sich auf die Gewohnheit anderer Länder berief; allein der Herzog behielt sich vor, je nachdem es die Geschäfte erforderten, Amtleute zu den Landtagen zu berufen, wiewohl nur solche, welche ihm mit der Erbhuldigung verwandt oder sonst im Lande begütert wären. Nun aber bewilligte der Herzog-Administrator auf Bitte der Ausschüsse, daß die Landbeamten bei dem Landtage von 1629 weggelassen und daß sie auch künftig während der vormundschaftlichen Regierung nicht mehr beschrieben wurden. Von nun an unterblieb die Einberufung der Amtleute für immer.

Eberhard III. hatte die Regierung in einem unglücklichen Augenblicke angetreten (1633). Der Krieg war mit aller Macht wieder über das Land hereingebrochen. Nach der Nördlinger Schlacht (1634) wurde dieses von König Ferdinand II. in Besitz genommen und Einzelnes davon an Bayern, die Erzherzogin Klaudia und einige kaiserliche Beamte (Trautmannsdorf, Graf Schlick, v. Walmerode) weggeschenkt. Erst nach vier Jahren ward dem Herzog unter lästigen Bedingungen die

28) Noch die Verordnung v. 23. April 1515 hatte es hierbei gelassen, soweit die Amtleute „von der Landschaft" wären, d. h. Eingeborene bürgerlichen Standes.

Digitized by Google

Regierung auf dem Landtage zurückgegeben (28. Jan. 1638); durch den Osnabrücker Frieden (1648) wurden auch die Mannsklöster restituirt. Es dauerte lange, bis der Wohlstand des Landes sich wieder gehoben hatte. Die Bevölkerung hatte sich so sehr vermindert, daß die Regierung mit „Unserer gehorsamen Landschaft kleinem Ausschuß" sich über außerordentliche Mittel zum Wiederanbau verödeter und verlassener Güter „verglich": dergleichen Güter sollten, wofern die Eigenthümer oder Creditores sich nicht melden oder die Güter nicht bauen wollten, auf sechs Jahre in Bestand gegeben und wenn auch in dieser Zeit sich kein Berechtigter zeige, darüber an die Kanzlei berichtet werden (9. April 1650). Nachher wurde bestimmt, daß die wüst liegenden Güter verkauft und der Erlös deponirt werden solle (30. Dec. 1651)[28a]). Sogar die Landschaft, welche abermals die Kammer um 3 Millionen Schulden erleichterte, war genöthigt, mit ihren Gläubigern sich über deren Befriedigung zu verständigen und den Zinsfuß auf die Hälfte herabzusetzen (1654)[29]). Indessen zeigte sich jetzt wieder eine vermehrte Thätigkeit in der Gesetzgebung. Unter anderem wurde die Ordnung des Hofgerichts zu Tübingen erneuert und verbessert (1654) und da Zweifel entstanden, ob das Hofgericht in seinen Urtheilen an die Landesverträge und Abschiede unmittelbar gebunden sei, so wurde demselben auf den Wunsch des kleinen Ausschusses eine abschriftliche Sammlung dieser Quellen mitgetheilt mit der herzoglichen Weisung, solche gleich anderen Gesetzen zur Anwendung zu bringen (23. März 1660). Auch die Geschäftsbehandlung in Regierungssachen, worüber zuerst die beiden Regimentsordnungen von 1498 und dann eine eigene Instruction (1550) Bestimmungen getroffen hatten, wurde in einer neuen (neunten) Kanzleiordnung (1660) umfassender regulirt, worin nun auch erstmals der geheime Regimentsrath seine Stelle fand. Im Hinblick auf diese mögliche Institution, welche in Eberhard's III. vom Kaiser und von der Landschaft bestätigtem Testamente (1664) als eine bleibende Schutzwehr für die Verfassung des Landes hingestellt wurde, sodann auch wegen der Hinweisung sämmtlicher Collegien auf die Landesverträge, Landtagsabschiede und Landesgesetze, wie auch die Ehrbar- und Billigkeit wurde die Kanzleiordnung gleich der in demselben Jahre neu aufgelegten Kirchenordnung zu den Landesgrundgesetzen gerechnet[30]). Gleichfalls im Jahre 1660 erschien eine revidirte Polizeiordnung

---

28a) Vergl. Landtagsabschied von 1618 Nr. 5, 1642 Nr. 7, 8. Januar 1652 Nr. 8.

29) Daher die sog. halbzinsigen oder nur mit $2^1/_2$ Proc. verzinslichen Kapitalien. Eine Erhöhung des Zinses fand später nicht mehr statt; ja das Staatsschuldenstatut von 1820 §. 6 schloß dieselben von künftiger Zinserhöhung aus, „indem sie nur mit der Hälfte des Nennwerthes abgelöst werden." Auf Grund dieses unrichtigen Motives wurden in einigen Processen die Betheiligten condemnirt, sich die Ablösung zu 50 Proc. gefallen zu lassen.

30) Z. B. Versicherung Karl Alexander's von 1733.

Digitized by Google

(die erste von 1549) hauptsächlich gegen das Fluchen, die Sabbathsentheiligung, den Luxus in Kleidern (eine ausführliche Kleidertaxe ist beigegeben) bei Hochzeit- und anderen Schmausereien und gegen das üppige Tanzen gerichtet. Diese Bestimmungen wurden später, in der fünften Polizeiordnung von 1712 weiter ausgebildet, und es ist bezeichnend für den Geist dieser Zeit, daß in der hier beigefügten Kleiderordnung den Kabinetssecretären und Stabsbeamten die Stelle in der vierten Klasse neben den Oberkammermägdlein und der Leibwäscherin, den Kaufmannsdienern und Hausmägden aber in der siebenten den Reitknechten und Schultheißen in der achten Klasse angewiesen wurde [30a]).

Nach dem Tode Herzog Eberhard's III. folgte eine lange vormundschaftliche Regierung durch Herzog Wilhelm Ludwig, dann Friedrich Karl (1674—1693). Der Geheimerath als testamentlich aufgestellter Vormundschaftsrath übernahm während eines Streites der Agnaten um die Vormundschaft auf Befehl des Kaisers die Landesadministration (1677) und sollte auch nachher in wichtigen Angelegenheiten beigezogen werden. Der Herzogin Wittwe Magdalena Sibylle wurde anfangs die Mitwirkung in Jurisdictions- und Regierungsangelegenheiten versagt, später aber, in Abwesenheit des Landesadministrators, die Interimsregierung selbst übertragen (1689).

Die Regierung Eberhard Ludwig's (1693—1733), welcher nach zurückgelegtem 16. Jahre für volljährig erklärt wurde, ist dadurch ausgezeichnet, daß Reformirte und Katholiken in einigen Orten des Landes Zutritt erhielten, während bis dahin nur die Anhänger der „alleinseligmachenden" lutherischen Religion sich niederlassen konnten. Dagegen hängt jener Regierung an der Makel einer schamlosen Mätressenherrschaft und das Bestreben, die Landesvertretung ganz und gar auf den Ausschuß einzuschränken, weil der Herzog lieber mit den wenigen, allenfalls zu gewinnenden Männern des Ausschusses als cum ipsa turba, wie er sich ausdrückte, zu thun haben wollte; und zwar war es anfangs der kleine Ausschuß, welcher in Folge besonderer, ihm zugeschickter Vollmachten die außerordentlichen Verwilligungen ertheilte. Dadurch wuchs die Bedeutung dieses Ausschusses, der nun alle ständischen Geschäfte besorgte und eifersüchtig auf seine Rechte dem Herzog die Anstellung eines eigenen Einnehmers bei der Landschaftskasse verweigerte (unter Berufung auf ein seit 1565 beobachtetes Herkommen). Nur ein Landtag wurde während der Regierung Eberhard Ludwig's gehalten (1698); derselbe wurde vertagt (Mai 1699) und trotz einer von dem kleinen Ausschuß bei dem Kaiser eingereichten Beschwerde nicht mehr berufen, weil die Nothwendigkeit einer beständigen militärischen

30a) Nicht weniger reich an Seltsamkeiten ist die eigentliche Rangordnung von 1710 und noch das Rangreglement v. 4. April 1806, worin alle Angestellten vom Feldmarschall bis zum Hebbinder und Lakaien herunter (diese beiden gehen dem Güterinspector vor) verzeichnet sind. Die neueren Rangordnungen von 1811 und 1821 haben nur 10, nicht wie die von 1806 16 Stufen.

Digitized by Google

Mannschaft (miles perpetuus) nach dem Ryßwiker Frieden (1697) ständischerseits nicht anerkannt wurde. Der Herzog hielt sich jetzt an den großen Ausschuß, der unter Verwahrung der Landesfreiheiten die verlangte Sommer- und Winteranlage zum Unterhalte des Militärs halbjährig erneuerte. Die alten landschaftlichen Abgaben gingen daneben fort. Auch griff der Herzog zum Diensthandel, zu einer Kapitalsteuer, einer Stempelabgabe, einer Tabaksadmodiation und selbst zu den Mitteln des Kirchengutes, um sich Geld zu dem kostspieligen Hofhalte und der neuen Residenz Ludwigsburg zu verschaffen. Eine weitere Beschwerde wurde durch Gründung einer geheimen Kabinetskanzlei (1715) hervorgerufen, worin nur einige Kabinetsminister thätig waren, während nach der bisherigen Einrichtung der Geheimerath mit seinen adeligen und gelehrten Räthen die Geschäfte zu leiten und mit dem Herzog wie andererseits mit der Landschaft und den Behörden unmittelbar zu communiciren hatte. Das lange Waffenregiment während des dreißigjährigen Krieges und der französische Ton, welchen man seither in Teutschland zum Vorbilde nahm, auch in der Gesetzessprache und in dem Verhalten zum Parlament, waren der Entwickelung der vaterländischen Einrichtungen nicht förderlich. Doch hielt die ständische Verfassung in Württemberg länger Stand, als in den meisten anderen Staaten; ja sie hatte jetzt erst die schwersten Proben zu bestehen.

Religionsreversalien 1733. Proceß vor dem Reichshofrath. Erbvergleich 1770.

Herzog **Karl Alexander**, welcher in dem österreichischen Militärdienste zur **katholischen** Religion übergegangen war, ertheilte bei dem Antritt der Regierung, wie er vorläufig schon zu Lebzeiten seines Vorgängers gethan, dem ständischen Ausschuß einen förmlichen Revers (17. December 1733), worin er für sich und seine Nachkommen versprach, die evangelische Kirchenverfassung in allen ihren Theilen aufrecht zu erhalten, namentlich das Residuum des Kirchenkastens zu nichts anderem als zu des Landes Bestem zu verwenden, das Consistorium und die Landessynode in ihren Wirkungskreisen zu belassen, in keinem Orte des Landes das simultaneum catholicum einzuführen, noch überhaupt außerhalb der herzoglichen Hofkapelle einen Act des katholischen Gottesdienstes ausüben zu lassen; die Reformirten sollten bei der auf Verwendung auswärtiger Mächte ihnen an einzelnen Orten gestatteten Religionsübung gelassen werden. Dabei entsagte er allen kanonischen Dispositionen, geistlichen Absolutionen, Dispensationen, Edicten und denen principiis der katholischen Klerisei [31]). Den 17. März 1734 erließ der Herzog überdies an den Geheimerath ein Rescript, worin er ihm nach dem Beispiel von Kursachsen die Besorgung aller und jeder, die evangelische Religion, das

31) Man muß sich, um die große Vorsicht der württembergischen Stände bei Abfassung dieser Versicherungen zu erklären, der Machinationen der Jesuiten in Oesterreich und des barbarischen Verfahrens erinnern, womit eben zu jener Zeit (1729—1733) gegen 30,000 Protestanten aus dem salzburgischen Lande vertrieben worden waren.

Digitized by Google

Kirchen- und dahin einschlagende Oeconomie- und Polizeiwesen betreffenden Angelegenheiten allein überließ. Die Reversalien nebst diesem Rescripte wurden von dem Herzog dem Corpus Evangelicorum zu Regensburg mitgetheilt und von diesem garantirt [32]). Indessen dauerte das gute Einvernehmen zwischen dem Herzog und der Landschaft nicht lange. Der Herzog, gewohnt Truppen zu befehligen, wollte ein Heer von 12,000 Mann auf den Beinen erhalten; es wurden deshalb Commissäre in die Städte und Aemter ausgeschickt, um Vollmachten zur Bewilligung einer doppelten Jahressteuer auf den großen Ausschuß übertragen zu lassen und es gelang (1736). Dagegen wurde der Landschaft zugestanden, um sich von der Richtigkeit des Militäretats zu überzeugen, zu den zeitweisen Musterungen jemand aus ihrer Mitte abzuordnen; auch versprach der Herzog die einseitig eingeführten Taxen und Monopole abzustellen. Dennoch dauerten diese fort. Eine andere Beschwerde betraf die Zulassung von Juden. Herzog Eberhard I. hatte in seinem selbst gefertigten letzten Willen (1492/1496) angeordnet, daß seine Erben keinen Juden im Lande seßhaft wohnen oder ein Gewerbe treiben lassen sollen. Diese Bestimmung ging später in die Landesordnung über. In dem Ausschußtagsabschiede von 1736 behielt sich jedoch der Herzog vor, jüdische Hoffactoren anzustellen, unter dem Versprechen, wegen des Handels solcher Facteurs und ihrer Domestiken, als welche eigentlich auf herzogliche Dienste bestellt, Maaß und Ziel zu setzen. Der Herzog hatte nämlich einen Juden, Süß Oppenheimer, in das Land gezogen, welcher durch allerlei Finanzpläne sich einschmeichelte und unter dem Titel eines Hoffactors, dann eines geheimen Finanzrathes, in der That aber als allmächtiger Premier sich die offenkundigsten Beutelschneidereien und frivolsten Verletzungen der Gesetze und Rechte des Landes erlauben durfte. Doch die Nemesis blieb nicht aus: der betrügerische Jude wurde nach dem Tode des Herzogs (1737) ergriffen, in Untersuchung gezogen und öffentlich in einem Käfig erhenkt. Jetzt wurden auch von dem Obervormund und Landesadministrator Herzog Karl Rudolph, dem bald in gleicher Eigenschaft Herzog Karl Friedrich folgte, Prälaten und Landschaft wieder einberufen, welche nach langer Verhandlung (der Landtag dauerte mit großen Unterbrechungen vom 4. Juli 1737 bis 18. April 1739) sich entschlossen, der fürstlichen Kammer eine Schuldenlast von 2 Millionen abzunehmen, wogegen die vielfachen Landesbeschwerden abgestellt [33]) und die Landesverträge von neuem anerkannt wurden.

32) Württembergische Religionsurkunden S. 121. Ebenso wurden dieselben von den nachfolgenden katholischen Herzögen bestätigt. Auch Kaiser Karl VII. bestätigte sie und zugleich die Freiheiten des Landes und der Universität Tübingen den 4. Nov. 1743. Spittler, württemb. Urkunden Nr. 1.

33) Die Juden sollten wieder aus den der Landschaft incorporirten Orten geschafft werden und außerhalb der Jahrmärkte keinen Handel treiben. In den für die Kammerschreiberei erkauften, der Landschaft nicht collectablen Orten blieben sie unangefochten.

Digitized by Google

Eines fortwährenden Beitrages zur Unterhaltung der Haustruppen konnten sich die Stände jetzt nicht mehr erwehren. Doch wurde der Militäretat wesentlich verringert und festgesetzt, daß zwar die in neuerer Zeit verwilligten zwei Jahressteuern von je 180,000 Gulden auch ferner erhoben und anstatt der im Jahre 1691 zu gleichem Zwecke eingeführten Tricesimen (des 30. Theiles von Wein, Heu und Früchten) jährlich 100,000 Gulden gesteuert werden sollen, daß aber das, was hieran künftig überbliebe, zur Schuldentilgung verwendet werden solle[34]). Dabei ward eine Einrichtung getroffen, welche die Grundlage einer regelmäßigen Etatswirthschaft hätte werden können. Es ward nämlich festgesetzt, daß die Ausschreibung sämmtlicher Gelder, d. h. der Bedarf und die Art der Erhebung, jedes Jahr zwischen der Herrschaft und dem größeren Ausschuß festgesetzt, der Einzug aber durch die Einnehmer der Landschaft besorgt werden solle. Außerdem solle durch eine gemeinsame Deputation die Reihenfolge in Tilgung der Cameralschulden geregelt und ohne Decretur des Geheimrathes keine Obligation von der Landschaft getilgt werden. Dieser Landtagsabschied von 1739 wurde von Herzog Karl Eugen, welcher mit den besten Vorsätzen im Alter von 16 Jahren (1744) die Regierung antrat[35]), nebst anderen Verträgen und Abschieden bestätigt; auch blieb derselbe die Grundlage aller künftigen Verwilligungen. Doch wurde die Steuer vorübergehend erhöht (1745); auch blieb es in der Folge nicht bei der regelmäßigen Beisteuer. So erkaufte der Ausschuß durch ein Geschenk von 50,000 Gulden von dem Herzoge die Versicherung, daß die Stadt Stuttgart der beständige Sitz des Hofes und der Canzlei bleiben solle (1744). Im Jahre 1748 kam ein jährlicher Schloßbaubeitrag von 30,000 Gulden hinzu, welcher bis 1764 fortdauerte und mit der receßmäßigen Sommer- und Winteranlage und dem Tricesimensurrogat umgelegt wurde. Seit 1751 wurde eine besondere Steuer zur Erhaltung der Hauptstraßen des Landes mit Zustimmung des Ausschusses eingeführt; auch hier wahrte die Landschaft ihr Erhebungsrecht, indem die Steuer an einen eigenen landschaftlichen Cassirer von den Städten und Aemtern eingeschickt wurde. Um den Geldverlegenheiten des verschwenderischen Herzoges zu steuern, bot sich ein Auskunftsmittel dar in der Incorpo-

34) Die Gesammtsumme der directen Steuern, einschließlich der ordinären Ablösungshilfe, belief sich damals auf etwa 640,000 fl.

35) Friedrich der Große von Preußen, in dessen Nähe der Herzog drei Jahre gebildet worden war, hatte sich für seine Volljährigerklärung bei dem Kaiser verwendet und ihm bei dem Abschiede eine Art von Regierungsanweisung mitgegeben, worin es unter Anderem heißt: Ne pensez point que le pays de Wirtemberg a été fait pour vous, mais croyez, que c'est vous, que la providence a fait venir au monde, pour rendre ce peuple heureux. Preferez toujours leur bien être à vos agrémens, et si à votre age tendre vous savez sacrifie vos desirs au bien de vos sujets, vous en serez non seulement les delices, mais vous serez encore l'administration de l'univers. Meiner's und Spittler's histor. Magazin Bd. 1, S. 687.

Digitized by Google

ration einzelner adeliger Ortschaften, welche der Herzog erkauft hatte. Diese Orte waren bisher nicht der landschaftlichen Steuer unterworfen; um sie nun auch der Landschaft beizählen zu dürfen und zugleich als eine „conditio sine qua non" die Abstellung einzelner Beschwerden zu erlangen, zahlte der „eggere" Ausschuß (so heißt jetzt der kleine Ausschuß) dem Herzoge bald eine größere bald eine kleinere Summe. Bedenklich war die militärische Liebhaberei des Herzoges. Um diese zu befriedigen schloß er mit der Krone Frankreich einen Subsidienvertrag (1753), wodurch er sich verbindlich machte, für den Fall eines Krieges 6000 Mann bereit zu halten. Die Subsidien (3 Millionen Livres) waren bald vom Hofe aufgebraucht; nun kam aber der siebenjährige Krieg (1756), wobei der Herzog eine thätige, aber nicht erfolgreiche Stellung gegen Preußen nahm. Der Ausschuß glaubte, es wäre besser, neutral zu bleiben und die kreiscontingentmäßige Mannschaft zum Schutze der Grenze gegen Frankreich zu verwenden; jedenfalls wollte der Ausschuß nicht für sich die angesonnenen Vorschüsse leisten. Darauf erwiderte der Herzog mit einer Reihe von Gewalthandlungen: nebst dem, daß die Auswahl der Mannschaft auf regelwidrige Weise vor sich ging, vergriff er sich an der Landschaft selbst. Die Landschaftskasse wurde erbrochen, um Gelder daraus zu entnehmen; der berühmte Publicist J. J. Moser wurde, weil er als Landschaftsconsulent sich vom Herzog weder gewinnen, noch erschrecken ließ, ohne Verhör und Untersuchung auf die Feste Hohentwiel gefangen gesetzt (1759)[36]. Ein gleiches Schicksal wurde auch den Ausschußmitgliedern angedroht, die sich jedoch dadurch nicht abhalten ließen, über die erfahrene Behandlung sowie über Eingriffe in das Kirchengut, über Gründung eines Tabaks- und Salzmonopols, Erhöhung des Umgeldes, über den Diensthandel u. s. w. Vorstellungen zu machen und den Geheimrath, als die zur Aufrechterhaltung der Verfassung berufene Behörde um seine Vermittelung zu ersuchen. Alles umsonst! Ein Verbrechen in den Augen des Ministers, Grafen Montmartin, war es schon, daß die Stände überhaupt den „absoluten Befehlen" ihres Herrn zu gehorchen unterließen. Ein am 3. Januar 1763 dem großen Ausschusse mitgetheilter „beständiger Militärplan", setzte das jährliche Bedürfniß des Militärs auf 1,621,868 Gulden, welche durch monatliche Lieferungen der Landschaft herbeigeschafft werden sollten. Noch am 5. Februar 1763, kurz ehe der Hubertusburger Friede (15. Februar 1763) geschlossen ward, bestand der Herzog auf Befolgung seines Ansinnens und als der Ausschuß dem nicht entsprach, ließ er selbst die Steuer ausschreiben. Nun wandten sich die bedrohten Ausschußmitglieder an den Kaiser mit der Bitte um Schutz und Vermittelung; die vom Herzog

36) Beinahe sechs Jahre dauerte diese Gefangenschaft, welcher erst auf die Klage der Landschaft bei dem Reichshofrathe ein Ende gemacht wurde. Zu spät, fünf Jahre nach der Freilassung, äußerte der Herzog: er hätte sich nun überzeugt, daß Moser ein ehrlicher Mann, guter Patriot und getreuer Unterthan sei. J. J. Moser's Leben II, S. 143 flg.

Digitized by Google

berufene Landesversammlung schloß sich dieser Extrajudicialvorstellung an und wurde aufgelöst, nachdem sie dem Herzoge einen Theil ihrer Beschwerden übergeben hatte. Indessen hatte der Herzog selbst die neue Kriegssteuer eingestellt; dagegen ließ er landschaftliche Steuerausstände für sich eintreiben und, als auch diese nicht hinreichten, eine allgemeine Schutz-, Vermögens- und Familiensteuer ausschreiben (6. März 1764). Hier fanden aber die Rechte des Landes, nachdem der große Ausschuß bereits vergeblich protestirt hatte, eine unerwartete Stütze in dem herzoglichen Oberamtmann, Regierungsrath Huber zu Tübingen, der nicht im Widerspruche mit der beschworenen Pflicht die neue verfassungswidrige Steuer exequiren wollte. Krank, ohne Verhör wurde dieser Ehrenmann auf die Feste Hohenasberg gebracht, cassirt und auch nach seiner fünf Monate später erfolgten Entlassung nicht wieder angestellt; für den Unterhalt seiner Familie sorgte der ständische Ausschuß, indem er ihr eine Pension aussetzte [37]). Das Beispiel, welches Stadt und Amt Tübingen durch Verweigerung der neuen Steuer gab, war nicht fruchtlos; andere Städte folgten nach und so allgemein wurde der Widerstand gegen die neue Besteuerungsart, daß der Herzog sich veranlaßt sah, sie aufzugeben und zu der monatlichen Kriegsanlage, diesmal im Betrage von 76,666 fl. 40 kr. zurückzukehren. Der große Ausschuß behauptete zwar, nicht mehr als das frühere receßmäßige Verabschiedete schuldig zu sein (noch 1752 hatte sich der Herzog mit einem jährliche Zuschusse von 222,000 fl., im Jahre 1758 von 460,000 fl. begnügt); als aber alle Vorstellungen und Beschwerden über die verhängten militärischen Executionen vergeblich waren, reichte der Ausschuß den 30. Juli 1764 eine gerichtliche Klage gegen den Herzog bei dem kaiserlichen Reichshofrath ein und machte sofort dem Herzoge Anzeige von diesem Schritte. Am 6. September 1764 forderte der Reichshofrath den Herzog auf, binnen zwei Monaten über die landschaftliche Beschwerde zu berichten, einstweilen aber auf einem allgemeinen Landtage sich mit den Prälaten und der Landschaft ihrer sämmtlichen Klagepunkte wegen zu benehmen, ferner den Consulenten Moser, wofern die Angaben der Stände sich angebrachtermaßen verhielten, seiner Haft gegen Caution zu entledigen, auch bis auf weitere kaiserliche Vorschrift sich der Anforderung und executivischen Beitreibung aller ungewöhnlichen, die Kräfte des Landes übersteigenden Anlagen zu enthalten, endlich die Stände ihre angebrachten Beschwerden auf keine Weise entgelten zu lassen, noch an weiterer Fortsetzung oder Ausführung zu verhindern.

So begann jener denkwürdige Rechtsstreit, welchen die württembergischen Stände unter Verwendung des Königs von Preußen, dem

37) Fast 30 Jahre später, auf dem Sterbebette des Herzogs und nach dessen Tode suchte die Herzogin Franziska die Sache gut zu machen. S. Huber, Etwas aus meinem Lebenslauf und etwas von meiner Muße auf der Vestung. Stuttgart 1798.

Digitized by Go

sich England und Dänemark anschlossen[38]), gegen den Landesherrn führten. Nachdem der herzogliche Bericht auf die ständische Klage eingekommen, sodann die Landschaft ausführlich replicirt, inmittelst aber der Herzog zu den alten Beschwerden neue hinzugefügt hatte, kam endlich den 27. Februar bis 2. März 1770 unter Mitwirkung einer aus vier Reichshofräthen bestehenden Commission der sogenannte Erbvergleich zu Stande, wodurch die bisherige, auf einzelnen Verträgen, Land- und Ausschußtagsabschieden und dem Herkommen beruhende Landesverfassung von neuem befestigt und in manchen Stücken erläutert wurde. Darin ward namentlich anerkannt, daß die Stände, die öffentlichen Diener und alle Eingesessenen des Landes keinen anderen als landesverfassungsmäßigen Gehorsam zu leisten hätten, noch Jemanden wider seine beschworene Pflicht etwas angesonnen werden dürfe; alle Beamten und Magistratspersonen sollen kraft der Canzleiordnung und des Landtagsabschiedes von 1739 bei Ablegung des Diensteides zugleich auf die Landes- und Kirchenverfassung verpflichtet und bei zuwiderlaufenden Handlungen, gemäß den älteren und neueren Landtagsabschieden und dem Edicte vom 28. December 1733 bestraft werden. Die bestehenden Gesetze sollen aufrecht erhalten, hauptsächliche Aenderungen jedenfalls nur in Uebereinstimmung mit dem engeren Ausschusse vorgenommen, Streitigkeiten zwischen Regierung und Ständen auf den Kaiser ausgesetzt werden. Niemand soll seinem ordentlichen Richter entzogen und jede ohne vorgängige rechtliche Untersuchung in Verhaft gehaltene Person sofort entlassen werden. Zugleich wurden wegen der auf die Verwaltung des Kammergutes, des Kirchengutes, das Militärwesen, das Forstwesen und andere Gegenstände sich beziehenden Beschwerden Abhilfe zugesagt und in Absicht auf die Landesumlagen und deren Verwendung abermals der Receß von 1739 als Regel festgehalten, wogegen die Stände in dringenden Reichs- und Landesnothfällen die Bewilligung weiter benöthigter Steuern nicht erschweren würden. Der Bedarf an Soldaten soll, wie schon in dem Vergleiche vom Jahre 1753 zugesagt war, nicht durch Auswahl, sondern nur durch freiwillige Wer-

38) Diese drei protestantischen Mächte hatten früher als Mitglieder des corpus evangelicorum (für Kurbrandenburg, Kurbraunschweig und Holstein) die Garantie der Religionsreversalien übernommen und leiteten daraus, weil in dem dem Corpus 1734 ausgestellten herzoglichen Revers auch die Erhaltung der Landesverträge versprochen und überhaupt der status politicus mit dem statu ecclesiastico in dem Herzogthum unzertrennlich verbunden sei, die Pflicht ob, sich der gekränkten Landesverfassung anzunehmen. Besonders kam der landschaftlichen Klage zu Statten die mächtige Fürsprache des großen Friedrich, welcher am 30. Juli 1764, demselben Tage, von welchem die Klage in Stuttgart datirt ist, den Kaiser bat, die Stände des Herzogthums Württemberg in dero Schutz zu nehmen, sie bei ihren Rechten und Freiheiten zu manuteriren und des Herzogs und seiner üblen Rathgeber widerrechtliche und landesverderbliche Unternehmungen in gehörige Schranken zu setzen. S. Mohl, Beiträge zur Geschichte Württembergs Bd. 1, Tübingen 1831, enthaltend den Briefwechsel Friedrichs des Großen über die Streitigkeiten zwischen Herzog Karl und der Landschaft.

bung aufgebracht werden, außerordentliche Nothfälle ausgenommen, wo aber die Unterthanen, sobald die Noth vorüber, wieder zu entlassen wären. Nachdem die Ausführung des Vergleiches gesichert schien und auch die herzoglichen Brüder ihre Einwilligung ertheilt hatten, erfolgte auf ein ausführliches Gutachten des Reichshofrathes den 24. December 1770 die kaiserliche Bestätigung. Die Könige von Preußen, Großbritannien und Dänemark übernahmen auf Ansuchen der Stände für sich und ihre Nachfolger die Garantie für Aufrechthaltung des Erbvergleiches (10. und 31. Mai und 7. Juni 1771).

Die Vollziehung dieses neuen Vertrages ging indessen nur langsam von Statten. Im December 1771 sah sich der Ausschuß (der Landtag war, nachdem er fünf Jahre hindurch mit Unterbrechungen gedauert, am 23. Juni 1770 auseinander gegangen) genöthigt, eine neue Klage bei dem Kaiser wegen der noch unerledigten Beschwerdepunkte einzureichen. Auch die herzoglichen Agnaten, d. h. die nachgeborenen Brüder des Herzogs, hatten noch Differenzen mit dem Herzoge, besonders wegen Mißverwaltung des Kammergutes, welche unter Beizug des landschaftlichen größeren Ausschusses durch Vergleich vom 11. Februar 1780 beigelegt wurden. Ein Wendepunkt in dem Leben des Herzogs ward angezeigt an seinem 50. Geburtstage (11. Februar 1778) durch jenes merkwürdige Ausschreiben, zur Verlesung auf allen Kanzeln bestimmt, worin er ein freimüthiges Bekenntniß der Verirrungen seines früheren Regentenlebens ablegte, zu welchen theils angeborene menschliche Schwachheit, theils unzulängliche Kenntniß und andere Umstände Anlaß gegeben hätten, und worin der Herzog zugleich versprach, daß solche Vorkommnisse nicht wieder stattfinden dürften, sondern daß seine Zukunft einzig dem Wohle seiner Unterthanen gewidmet sein werde, welche in ihm künftig einen sorgenden, treuen Vater werden verehren können. Indessen auch dieses Versprechen ging nicht in Erfüllung; manche Beschwerden, z. B. über den im Kabinet betriebenen Dienstverkauf, über willkürliche Entlassung öffentlicher Diener [39]), über Eingriffe in die persönliche Freiheit [40]), über Wildschaden (eine alte bis

39) Laut eines Reskriptes v. 18. Aug. 1787 erinnerte sich der Herzog ganz wohl, daß nach dem Erbvergleiche von 1770 keine Bestrafung, Entlassung oder Absetzung eines Rathes, Beamten oder einer Kanzleiperson ohne vorgängige Untersuchung und Vernehmung der Behörden verfügt werden dürfe. „Diese Zusage ist wie Höchstdero Wort heilig und Seine herzogliche Durchlaucht wiederholen solche aus dem Gefühle Ihres erhabenen landesväterlichen Herzens mit Freuden.“ —

40) Die durch schmählichen Verrath bewirkte rechts- und verfassungswidrige Gefangennahme des Dichters Schubart ward von 1777 bis 1787 fortgesetzt und auch jetzt nur aufgehoben, weil der Dichter zum Vortheil der Theaterkasse die „Vaterlandschronik“ herauszugeben versprach. Strauß, Leben Schubart's. Vgl. auch Pfaff, Geschichte Wirtenbergs. 2. Aufl. Ein weiterer Schandfleck ist der im Jahre 1786 erfolgte Verkauf von 1000 Mann württembergischen Militärs an Holland, welches sie in seine afrikanischen und indischen Colonien schickte, von wo nur wenige zurückkehrten.

Digitized by Google

1848 nie ganz gehobene Landesplage), über Eingriffe in das Kirchengut dauerten trotz der wiederholten Zusagen des Herzogs bis zu seinem Ende (24. October 1793) fort.

Einfluß der französischen Revolution. Landtage von 1797 flg.

Mit Herzog Karl wurde gleichsam die „alte Zeit" begraben; denn unter dem Eindrucke der französischen Staatsumwälzung und unter den nachfolgenden Kriegen ließ sich weder das alte landesherrliche Regiment, noch das erbländische ständische System behaupten. Zwar zeigten sich die beiden kurz nach einander succedirenden Brüder, die Herzöge Ludwig und Friedrich Eugen (jener hatte auf die Succession der Descendenz aus seiner unebenbürtigen Ehe verzichtet) geneigt, die Landesbeschwerden zu heben; aber die französische Brandschatzung im Jahre 1796 von 4 Millionen Livres, welche nachher auf 3 herabgesetzt wurden[41]), und die weiteren Kriegskosten veranlaßten endlich die Regierung, nach dem Wunsche des Ausschusses einen Landtag auf den 17. März 1797 zu berufen, wo nun eine Menge von Anträgen, namentlich auf eine verbesserte Landschaftsordnung, neue Organisation des landschaftlichen Corpus und der Ausschüsse hervortrat. Das Verhältniß der Prälaten zu der Landschaft und zu den Klosterhintersassen, die noch zu keiner Vertretung gelangt waren, konnte in der bisherigen unklaren Weise nicht auf die Dauer bleiben. Noch die Reversalien Karl Alexanders vom J. 1733 sprachen von „zugewandten" Prälaten und gemeiner Landschaft; die Prälaten werden als zweiter Landstand considerirt" (der Landtagsabschied von 1739 spricht von Prälaten und Landständen); doch wird das Ganze auch wieder einfach als „Landschaft" bezeichnet und diese als ein „ehmalen sehr weise und heilsamlich angeordnetes und bisher-aufrecht erhaltenes corpus repraesentativum des gesammten lieben Vaterlandes" erklärt. Nun aber regte sich der Anspruch auf eine wahre Repräsentation aller Stände; und unnatürlich erschien es, daß die Prälaten für sich vermöge ihres Amtes ein Drittheil der Repräsentation im kleinen und großen Ausschusse einnahmen (entsprechend dem Drittheile der Steuern, welches vom Kirchengute getragen werden sollte). Indessen ward hierin vorerst nichts erreicht. Man einigte sich nur vorläufig darin, daß die vermöglicheren Städte und Aemter dem Landtage bis zu Ende durch eigene Deputirte abzuwarten hätten, daß kein Deputirter ohne vorherige Rücksprache mit der Landesversammlung ganz könne abberufen werden, und daß ein Mitglied der Landesversammlung nicht mehr als drei Stimmen (zwei durch Auftrag)

41) Den 7. August 1796 unterzeichneten württembergischerseits Minister v. Wöllwarth und Legationsrath Abel den Separatfrieden zu Paris und bald darauf ward auch von ersterem die Ratificationsurkunde übergeben. Dies schien nachher übereilt und v. Wöllwarth mußte dafür durch seine Entlassung büßen; er wirkte jedoch durch eine Klage bei dem Reichshofrath ein mandatum cum clausula dd. 9. Nov. 1801 aus, das sein Pensionsrecht in Schutz nahm. Dienstentlassungs- und Proceßgeschichte des Staatsministers v. Wöllwarth, Frankfurt und Leipzig 1803.

in sich solle vereinigen dürfen. Der Vorschlag eines Mitgliedes, daß ein Theil der Deputirtenkosten auf die Landeskasse übernommen werden solle, wurde von der Mehrheit verworfen. Schon jetzt trat eine Neuerung übrigens auch noch darin ein, daß die Landtagsverhandlungen nicht mehr wie früher geheim gehalten, sondern in zwei fortlaufenden Blättern, wovon das eine „der Landtag" nach Beschluß der Landesversammlung für officiell galt, veröffentlicht wurden.

Während die Verhandlungen im Gange waren, starb Herzog Friedrich Eugen (23. December 1797) und nun trat sein energischer Sohn, Herzog Friedrich II., nachheriger König Friedrich I. an die Regierung. Sein Vater hatte bei der Vermählung mit einer Prinzessin von Brandenburg-Schwedt die Versicherung ertheilt, seine Kinder in der evangelisch-lutherischen Religion erziehen zu lassen (1753), und der landschaftliche Ausschuß, welcher schon früher den fürstlichen Gemahlinnen und Prinzen zuweilen durch sog. Donativ- und Adjutogelder entgegengekommen war, hatte nicht ermangelt, die ihm ertheilte Versicherung durch ein jährliches ergiebiges Adjecto von 25,000 fl. (neben der auf der Rentkammer lastenden Apanage von 12,000 fl.) anzuerkennen. Später (1769) wurden weitere 20,000 fl. zur Erziehung der in Lausanne befindlichen Prinzen jährlich beigetragen [42]). Nachdem nun mit Friedrich II. die evangelische Religion wieder auf dem Throne hergestellt war, wurden die von Herzog Karl Alexander ertheilten Religionsreversalien, welche auch noch Herzog Friedrich Eugen anerkannt hatte, aus der herkömmlichen Bestätigung der Landesverfassung hinweggelassen, da der neue Herzog eine künftige neue Religionsveränderung „unter die ganz nicht zu erwartenden Fälle" glaubte rechnen zu müssen und daher auch einen Vorbehalt in dieser Hinsicht, wie ihn der Ausschuß beantragte, nicht zweckmäßig fand. Die in der Kanzleiordnung gegründete Unterscheidung einer adeligen und gelehrten Bank im Geheimrathe, in der Regierung und dem Hofgericht wurde vorerst noch beibehalten; dagegen versprach der Herzog auf die Klage der Stände wegen Bevorzugung des Adels künftig die Oberforstmeisterstellen, mit Ausnahme von vieren, desgleichen zwei Drittel der Officiersstellen mit Eingeborenen

---

42) Der regierende Herzog Karl, als er diese Vorgänge später erfuhr, erhielt gleichfalls einen jährlichen Abtrag von 50,000 fl. aus derselben Quelle, der „geheimen Truche", „in Rücksicht auf die vielen und mannichfaltigen Erogationen", wovon das Land durch die hohe Vermählung mit der Gräfin Franziska von Hohenheim (vermählte Freifrau v. Leutrum) befreit bleibe (1786). Die Erziehungsgelder wurden auch nach vollendeter Erziehung und noch unter der Regierung Friedrich Eugen's fortgereicht. Die Donativgelder von 25,000 fl. wurden in der Folge auf die männlichen Nachkommen des Herzogs Friedrich Eugen, mit Ausnahme des zur Regierung gelangten Friedrich II., dessen Antheil von $^1/_8$ heimfiel, übertragen. (Verordnung v. 7. Febr. 1808. Hausgesetz v. 8. Juni 1828 Art. 73.) Ueber einen deshalb zwischen den Agnaten und den Staatskassen entstandenen Rechtsstreit s. Zeitschrift für teutsches Recht von Beseler, Reyscher und Wilda Bd. 13, S. 414 flg.

Digitized by Google

bürgerlichen Standes zu besetzen (17. März 1798). Im übrigen wollten die Verhandlungen der gemeinschaftlichen Vergleichsdeputation nicht vorwärts kommen, da der Herzog eine Theilnahme des Kammergutes an den alten und neuen Kriegs- und Militärkosten nicht zugeben und andererseits in den militärischen Einrichtungen durchaus unabhängig sein wollte. In der That war es schwer, die altverfassungsmäßige Verpflichtung der Rentkammer zum Unterhalte der Mannschaft und den Gebrauch von bloßen Kammerhilfen und Militärbeiträgen seitens der Landschaft mit der kriegerischen Lage in Uebereinstimmung zu bringen. Die Stände baten den Herzog, an dem Kriege gegen die französische Republik keinen weiteren Antheil zu nehmen (1798); der Herzog bestand aber darauf, seinen Pflichten als Reichsfürst nachzukommen, entließ einige Mitglieder des Geheimrathes, welche seiner Meinung entgegen waren und untersagte den Ständen alle Absendungen an fremde Staaten und Congresse[43]) sowie jede Einmischung in die militärische Organisation. Als aber die Stände die Einwilligung zu der angeordneten Landesauswahl und zur Erhöhung des Militärbeitrages verweigerten, war es der Herzog, welcher jetzt den Reichshofrath um oberstrichterliche Hilfe gegen die hartnäckige Weigerung ansprach, — nicht vergeblich: denn durch kaiserliches Decret vom 17. December 1799, welches das Benehmen der Stände als unverantwortlich und vermessen bezeichnete, ward ihnen aufgegeben, sich den Absichten des Herzogs nicht länger zu widersetzen und in ihren Eingaben an denselben die Schranken getreuer Unterthanen einzuhalten, widrigenfalls gegen sie als ungehorsame Reichsunterthanen würde verfahren werden.

Der Unterstützung des kaiserlichen Hofes gewiß, ließ jetzt der Herzog eine allgemeine Wohnsteuer und eine neue Landesauswahl ausschreiben; auch wurden mehrere Mitglieder des aufgelösten Landtages wegen Ver-

---

43) Der landschaftliche engere Ausschuß war durch den Streit mit Herzog Karl vor dem Reichshofrathe gewöhnt worden, unmittelbar an den kaiserlichen Hof und die garantirenden Mächte sich zu wenden. Dadurch bildete sich eine Art von auswärtigem Verkehr, der von wenigen Eingeweihten des Ausschusses geleitet wurde. Die Noth und der Umstand, daß die Landschaft die Steuern des Landes verwaltete, trieb dazu, sich ihrer Mithilfe auch bei den Friedensunterhandlungen von 1796—1798, wobei es sich immer um große pecuniäre Opfer handelte, zu versichern. (Bei Bündnissen hatten die Stände schon nach dem Tübinger Vertrage einzuwilligen. Im Jahre 1796 wurde der Landschaftsassessor Kerner mit dem Minister v. Wöllwarth abgeschickt, um wegen des Waffenstillstandes zu unterhandeln.) Die auf die Friedensunterhandlungen vom J. 1798 bezüglichen Gegenstände wurden in der gemeinschaftlichen Vergleichsdeputation besprochen; der in dessen Folge ständischerseits zum Congresse nach Rastatt geschickte Landschaftsconsulent Georgi ward als landschaftlicher Abgeordneter herrschaftlicherseits anerkannt. Um so übler wurde die Mission des Buchhändlers Cotta nach Paris vermerkt; doch auch diese wurde von dem landschaftlichen engeren Ausschuß mit der ihm obliegenden Pflicht zur Rettung des Landes bei der damaligen feindlichen Invasion gerechtfertigt. Häberlin, Staatsarchiv Bd. V, S. 403.

Digitized by Google

dachtes der Conspiration mit dem Auslande gefangen gesetzt[44]). Eine Beschwerde des großen Ausschusses bei dem Reichshofrathe hatte keinen günstigen Erfolg, vielmehr wurde jenem die unbefugte Einmischung in landesherrliche Angelegenheiten verwiesen und eine neue Besetzung beider Ausschüsse empfohlen (18. März 1800). Hierauf wurde der Landtag abermals einberufen, aber alsbald nach der Wahl der neuen Ausschüsse wieder entlassen; doch ging die Versammlung nicht auseinander, ohne in dem von ihr revidirten Ausschußstatut die Ausschüsse für alle Fälle, namentlich wo es sich um Aufrechthaltung der Verfassung handelte, zu instruiren. Zugleich wurde den Ausschußmitgliedern sowie den Landschaftsconsulenten für den Fall, daß sie in Vertheidigung der Landesrechte Schaden nehmen würden, aller mögliche Beistand und volle Entschädigung zugesagt; zu gerichtlicher und außergerichtlicher Vertheidigung der Landesrechte solle der engere Ausschuß die nöthigen Gelder aus der geheimen Truhe und auf besondere Decrete aus der Landschaftskasse entnehmen, nöthigenfalls aber den Credit von Prälaten und Landschaft gebrauchen; ehe die vom Herzog suspendirten älteren Landschaftsconsulenten zu den Geschäften zugelassen würden, solle sich der Ausschuß in keine Handlung mit der Landesherrschaft einlassen.

Indessen hatte der neue Reichskrieg gegen Frankreich abermals eine Niederlage der teutschen Armee und eine neue Brandschatzung des Landes von 6 Millionen Livres zur Folge (1800). Der Herzog hatte sich mit allen öffentlichen Geldern, auch denen der Landschaftskasse nach Erlangen geflüchtet und während er von dort aus den Streit mit dem Ausschusse fortsetzte, dem er namentlich zum Verbrechen machte, daß er mit dem französischen Oberfeldherrn wegen Verminderung der Brandschatzung unterhandelte, überließ er dem Lande, diese herbeizuschaffen: er sei nicht verpflichtet, irgend etwas zu zahlen und freie Gnade sei es, wenn er etwas übernehme — antwortete der Herzog. Als aber der französische General den Geheimrathsmitgliedern executionsweise Soldaten ins Quartier legte, wurden $1^1/_2$ Millionen aus den herrschaftlichen Kassen beigeschossen vorbehältlich voller Schadloshaltung durch die Landeskasse. Endlich vereinigte man sich zu provisorischer Umlage einer allgemeinen Vermögenssteuer (6. October 1800); die endliche Verabschiedung sollte einem allgemeinen Landtage vorbehalten bleiben. Am 13. Mai 1801 kehrte der Herzog nach Stuttgart zurück, und nun wurde eine unmittelbare landesherrliche Commission zur Untersuchung des Verhaltens des

---

44) Der Landschaftsassessor Baz, welcher nach Wien geschickt war, um die Landschaft bei dem kaiserlichen Hofe und dem Reichshofrathe zu rechtfertigen, ward auf Requisition des Herzogs festgenommen und ausgeliefert. Auch einige andere Mitglieder wurden verhaftet und gegen das Verlangen des Ausschusses, sie ihrem natürlichen Richter nicht zu entziehen, vor eine Kabinetscommission gestellt. Man sieht, zu welchem Aeußersten die Spannung damals schon gekommen war. Zum Mißtrauen gegen den Herzog trug auch der Subsidientractat mit England (1800, 1801) bei, welcher der Landschaft verheimlicht worden war.

Digitized by Google

Ausschusses niedergesetzt; einzelne Mitglieder desselben wurden gefangen gesetzt, während die übriggebliebenen fortfuhren, sich zu vertheidigen und selbst auswärtige Mächte zu ihrem Schutze anzugehen, was ihnen jedoch vom Reichsrathe untersagt wurde.

Kurwürde (1803). Neuwürttemberg. Letzte Kämpfe zwischen Regierung und Landschaft.

Indessen war in der auswärtigen Politik der Regierung eine gänzliche Aenderung eingetreten. Hatten schon nach dem österreichischen Frieden von Campoformio (17. October 1797), wodurch bereits die linksrheinischen Besitzungen in einem geheimen Artikel preisgegeben waren, die Stände und selbst der Geheimrath geglaubt, daß Württemberg sich einer ferneren Theilnahme an dem Kriege gegen Frankreich enthalten sollte, so war nach der abermaligen Invasion vom Jahre 1800 und dem Frieden zu Luneville (9. Februar 1801) der Herzog um so geneigter, mit Frankreich einen Separatfrieden (20. Mai 1802) zu schließen, als ihm dadurch gegen Abtretung der auf dem linken Rheinufer liegenden Grafschaft Mömpelgard, nebst zugehörigen Besitzungen, eine Entschädigung zugesichert wurde[45]), welche nachher der Reichsdeputationsschluß vom 25. Februar 1803 (bestätigt durch Reichsgutachten vom 24. März und die kaiserliche Ratificationsurkunde vom 27. April 1803) verwirklichte. Die Erwerbungen wurden nicht dem alten Lande einverleibt, sondern bis 1806 unter dem Namen „Neuwürttemberg" durch eine in Ellwangen eingesetzte Regierung besonders verwaltet[46]). Die Landschaft hatte also in den neuen Landen sowenig wie in einzelnen früheren Erwerbungen, welche dem Lande nicht besonders incorporirt worden waren, ein Besteuerungsrecht. Ebensowenig nahmen die neuen Lande Theil an der erbländischen Verfassung.

Die in Folge des Reichsdeputationsschlusses von 1803 §. 31 dem Herzog ertheilte Kurwürde ward gegründet auf das „bisherige Herzogthum Württemberg als solches[47])". Mit der Stimme im Kurcollegium vereinigte der Kurfürst vier Stimmen im Reichsfürstenrathe und zwar für die Herzogthümer Teck und Wirtemberg, die Pfalzgrafschaft Tübingen und die Abtei Zwiefalten.

Auf dem Standpunkte, wo die Streitigkeiten zwischen Regierung und Ständen zu dieser Zeit angekommen waren, konnte nach dem Charakter des Kurfürsten der erlangte Zuwachs an äußerer Macht und Ansehen nur dazu beitragen, die strengere Art zu regieren und den herben

---

45) S. den Separatfrieden vom 20. Mai (nicht Juni) 1802 bei Martens, Suppl. au Recueil des princ. Traités tom. III. p. 224 sq. Die diplomatischen Verträge Württembergs von 1800 bis 1840 sind verzeichnet von Dechsle in den württemb. Jahrbüchern (auch besonders gedruckt).

46) S. das Intelligenzblatt für Neuwürttemberg 1803—1805.

47) Kurfürstenbrief v. 24. Aug. 1803. Schon vorher ward die Kurwürde öffentlich angenommen den 26. März. Die kaiserliche Bestätigung erfolgte am 27. April 1803, was sofort am 30. dess. M. abermals veröffentlicht wurde. S. Gesetzsamml. Bd. II, S. 642, 643, 645.

Digitized by Google

mit Departementsministern an seine Stelle gesetzt. Das Kirchengut wurde mit dem Kammergute vereinigt und gleich diesem dem Finanzministerium untergeordnet. Statt der bisherigen positiven Garantieen, welche der souveräne Wille beseitigt hatte, sollte jetzt das königliche Wort genügen. In einem Manifeste vom 2. Januar 1806 versicherte der König, daß der neue Zuwachs an Würde und Macht ganz allein das wahre Wohl des Einzelnen sowie des Allgemeinen bezwecken, daß er die persönliche Freiheit und das sichere Eigenthum eines Jeden unter seinen besonderen Schutz nehmen, die bisherige Justizadministration ungestört und fest handhaben lassen, jeden rechtlichen Erwerbszweig befördern und das Beste seines „Reiches" unverrückt vor Augen behalten werde. Ein weiteres Manifest vom 18. März 1806 vollendete die gleichmäßige Organisation der zu Einem Königreich vereinigten „alten und neuen Staaten."

Der Pariser Vertrag vom 12. Juli 1806, indem er Württemberg nebst den anderen Staaten des Rheinbundes vom teutschen Reiche löste, legte den verbündeten Fürsten ein französisches Protectorat auf, das sie zwar im Innern frei schalten ließ und zumal den König von Württemberg nicht hinderte, die durch einen Tagesbefehl aus dem Hauptquartier zu Schönbrunn vom 19. December 1805 gestattete Unterwerfung der enclavirten reichsritterschaftlichen Besitzungen, sowie die Souveränetät über die Besitzungen einer Anzahl mediatisirter Fürsten und Grafen in vollem Maaße zur Geltung zu bringen, das aber fortwährend zu neuen militärischen Rüstungen und Kriegen im Interesse des französischen Eroberers nöthigte. Württemberg nahm unter den Mitgliedern des Rheinbundes die zweite Stelle nächst Bayern ein und erhielt durch den Wiener Frieden vom 14. October 1809 für seine Theilnahme an dem neuen Kriege gegen Oesterreich das früher teutschorden'sche Gebiet Mergentheim. Weitere Erwerbungen wurden durch den Vertrag zu Compiegne vom 2. April 1810 und eine Uebereinkunft mit Bayern vom 18. Mai desselben Jahres hinzugefügt.

Durch diese und die anderen seit 1803 erlangten Gebietserweiterungen wurde der Umfang des Landes mehr als verdoppelt. Auch abgesehen hiervon war die unumschränkte Regierung für ihre Zeit nicht ohne Verdienst. Der verwickelte Staatshaushalt wurde vereinfacht: die neben der Rentkammer (Landschreiberei) zur Zeit des Herzogthums bestandene landschaftliche Kassenverwaltung, ferner die ausgedehnte Verwaltung des Kirchengutes und die besondere Administration der neuen Lande hörten auf, d. h. alle diese bisher getrennten Verwaltungen wurden dem k. Oberfinanzdepartement einverleibt. Die Gerichtsorganisation erhielt schon in Folge des mit der Kurfürstenwürde ertheilten uneingeschränkten privilegium de non appellando [49]) den 30. März 1805

49) S. die kaiserliche Urkunde vom 24. August 1803 in der Gesetzsamml. Bd. VI, S. 782. Frühere privilegia de non avocando und de non appellando von 1361 an f. in derselben Gesetzsammlung Bd. IV.

Digitized by Google

eine weitere Ausbildung durch Errichtung eines permanenten Tribunals in Stuttgart, an der Stelle des nur vorübergehend (jährlich etwa sechs Wochen) versammelten Hofgerichtes zu Tübingen; die Appellation in Processen mit Ausländern, wo allein noch die Berufung an die Reichsgerichte bisher gestattet war, sollte jetzt an die kurfürstliche Regierung gehen. Durch das Organisationsmanifest vom 18. März 1806 ward sodann eine eigene dritte Instanz geschaffen in dem k. Oberappellationstribunal, welchem Oberjustizcollegien ersten und zweiten Senats und als erste Instanz für Nichteremte die Oberamtsgerichte untergeordnet wurden. Auch manche wichtige einzelne Rechtsgesetze wurden erlassen, z. B. in Betreff des Curatel- oder Pflegschaftswesens, welches besser geregelt, in Betreff der gesetzlichen Retracte oder Losungen, welche grossentheils aufgehoben wurden. Besonders einflußreich war aber die Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit und die Ausdehnung der landrechtlichen Erbfolge auf die der Souveränetät unterworfenen Familien des hohen und niederen Adels, unter Aufhebung der adeligen Fideicommisse und Majorate, welche erst in Folge der Bundesacte von 1815 wieder hergestellt wurden. Das Regiminalwesen und besonders das Polizeiwesen erfuhr eine besondere eben nicht durchaus erfreuliche Aufmerksamkeit: die Selbstständigkeit der Gemeinden, wofür die von dem Publicisten J. Moser verfaßte Communordnung (1758) noch vielen Spielraum übrig ließ, wurde aufgehoben, die Verwaltung der frommen und milden Stiftungen wurde den Staatsfinanzbehörden anvertraut und erst unter der jetzigen Regierung im Jahre 1817 den Gemeinden zurückgegeben. Der größte Mißbrauch herrschte auch jetzt wieder in der Behandlung der öffentlichen Diener, welche willkürlich ein- und abgesetzt wurden; ebenso in der Rekrutirung, welche nunmehr das Werbsystem und die ausnahmsweise früher gestattete Landesauswahl ersetzte und, obgleich durch eine gesetzliche Ordnung geregelt, doch manche Verfolgungen und hinwieder Begünstigungen zuließ; in der enormen Hegung des Wildes zum Schaden des Landmannes und in der Ausdehnung der Jagdfrohnen. Dazu der Druck durch erhöhte und vervielfältigte Steuern, durch die Last der Einquartirung und Kriegsfrohnen, welche jetzt ohne ständische Controle und Mitberathung auferlegt wurden. Die Presse wurde durch eine strenge Censur niedergehalten und bei der Aengstlichkeit, welche der Despotismus den Staatsangehörigen (und, im Verhältniß zu den Vorgesetzten, auch den Angestellten) einpflanzt, zumal wenn die Herrschaft der Günstlinge sich ihm beigesellt, war es auch kaum möglich, auf dem Beschwerdewege sich Hilfe zu schaffen. So erklärt sich die Sehnsucht, womit man in Württemberg, wie im übrigen Teutschland der Befreiung vom fremden Joche entgegensah, denn mit diesem war ja das Regierungssystem im eigenen Lande enge verwachsen.

Verfassungsstreit 1815—1819. Ungern kam König Friedrich dazu, sich den wenigen Einschränkungen der Souveränetät,

Digitized by Google

welche der Wiener Congreß 1814/15 herbeiführen sollte, zu unterwerfen. In dem Vertrage zu Fulda vom 2. November 1813, worin er sich von Frankreich lossagte, hatte ihm der Kaiser von Oesterreich die Souveränetät und den freien und ruhigen Besitz seiner Staaten zugesagt. Der Pariser Frieden vom 30. Mai 1814 hatte festgesetzt, daß die Staaten Teutschlands unabhängig und durch ein Föderativband vereinigt sein sollen. Hierauf stützte sich der König von Württemberg, indem er, gleich Bayern, keine zwingenden Bestimmungen in Bezug auf die inneren Einrichtungen, namentlich die Rechte der Stände, zugeben wollte. Unzufrieden von Wien zurückgekehrt, bevor noch die Verhandlungen zum Ziele geführt hatten[50]), erklärte er in einem Manifeste vom 11. Januar 1815 seine Absicht, dem Königreich wieder eine angemessene Verfassung und ständische Repräsentation zu geben. Er wollte lieber aus freien Stücken geben, als von außen sich einschränken lassen und wandte daher der wichtigen Aufgabe seine gewohnte rasche Thätigkeit zu. Schon am 29. Januar 1815 erließ er ein Ausschreiben, die Wahlen von Abgeordneten zu der auf den 15. März desselben Jahres angesetzten „allgemeinen Ständeversammlung" betreffend, wonach die Inhaber der vier Erbkronämter, die Häupter der vormals reichsunmittelbaren Fürsten und Grafen und 19 vom König ernannte adelige Gutsbesitzer, zusammen 50 Virilstimmführer des hohen und niederen Adels, mit den Abgeordneten der sieben „guten" Städte und der Oberamtsbezirke die künftige Landesvertretung bilden sollten. Die Theilnahme an der Wahl der Abgeordneten wurde an einen Activcensus von 200 Gulden Jahresertrag aus liegenden Gütern geknüpft. Königliche Beamte, Unterofficiere und Soldaten durften nicht gewählt werden, wohl aber Officiere in Friedenszeiten. Am 15. März wurde die Ständeversammlung vom König mit großer Feierlichkeit eröffnet; allein seine Erwartung, die den Ständen übergebene, von ihm bereits durch Unterschrift und Siegel anerkannte Verfassungsurkunde werde von dem Lande als eine große Wohlthat auf- und angenommen werden, ging nicht in Erfüllung; vielmehr trennte sich die Mehrzahl der mediatisirten Fürsten und Grafen von der Versammlung unter Vorbehalt ihrer besonderen, auf dem Wiener Congreß zu bestimmenden Rechte; die anderen Mitglieder jenes Standes und die vom König berufenen adeligen Virilstimmführer reservirten gleichfalls ihre Standesrechte. Im übrigen vereinigten sich alle Anwesenden, mit Ausnahme von fünf adeligen Gutsbesitzern, zu dem Beschlusse, in einem Anbringen an den König,

50) Bekanntlich wurde der Abschluß später beschleunigt durch die Nachricht von der Rückkehr Napoleons von der Insel Elba. Der König von Württemberg, welcher darin einen entgegengesetzten Impuls fand, ließ seinen Gesandten die Bundesacte vom 8. Juni 1815 nicht unterzeichnen; doch wurde Württemberg wie Baden der Beitritt vorbehalten. Erst in einer Urkunde vom 1. September 1815, welche in der vorbereitenden Sitzung der Bundestagsgesandten vom 1. October 1816 dem Präsidenten übergeben wurde, trat Württemberg bei.

Digitized by Google

unter Verdankung der Einberufung von Ständen und der dadurch gegebenen Möglichkeit einer Berathung, sich dahin auszusprechen, daß nur auf der Basis der von den Voreltern ererbten, seit Jahrhunderten das Land beglückenden, bestätigten und garantirten Verfassung über die durch den Geist der Zeit und die neueren Verhältnisse gebotenen Aenderungen unterhandelt werden könne. Der König, welcher einen solchen Widerstand nicht erwartet hatte, erklärte die Bezugnahme auf die alte Verfassung für unzulässig, da diese schon früher nicht allen Landestheilen zugekommen und seither das Königreich ohne Verfassung regiert worden sei; noch empfindlicher nahm er es auf, daß von Seite des Gesammtadels auf die zu erwartenden Resultate des Wiener Congresses hingewiesen wurde, während eine Beziehung des landsässigen Adels zu dem Wiener Congresse sich nicht finden lasse, überhaupt die inneren Landeseinrichtungen von Verhandlungen auswärtiger Mächte nie abhängig sein werden. Die Versammlung unter dem Vorsitze des Reichserbmarschalls, Fürsten von Hohenlohe-Oehringen, ließ sich jedoch nicht abhalten, in einer neuen, eingehenden Adresse die ertheilte Verfassung als unzulänglich und der nothwendigen Garantieen entbehrend darzustellen und unter Erwähnung mancher Beschwerden gegen die bestehende Verwaltung die Bitte vorzutragen: der König möchte in die Ausdehnung der altwürttembergischen Verfassung auf das ganze Königreich einwilligen, vorbehältlich derjenigen Modificationen, welche mit Rücksicht auf die neueren Verhältnisse durch eine gemeinschaftliche Uebereinkunft festgesetzt würden (22. März 1815). Die Versammlung stand bei diesem Beschlusse nicht allein. Eine große Anzahl von Petitionen aus dem Lande und selbst ein Schreiben der königlichen Agnaten ermuthigte sie in ihrem Beharren auf der alten, nicht verzichteten Rechtsgrundlage. Indessen verwarf der König das ständische Gesuch und es ward nun erst die angefochtene Verfassungsurkunde nicht blos im Regierungsblatte, sondern auch besonders in den einzelnen Oberämtern öffentlich bekannt gemacht. Gleichwohl gingen die Verhandlungen fort; auch erklärte sich der König bereit, Einzelnes aus der alten Verfassung in die neue herüberzunehmen und sonst einige Modificationen der letzteren eintreten zu lassen; aber zunächst stießen sich die Verhandlungen wieder an der von den Ständen geforderten principiellen Anerkennung der blos de facto beseitigten erbländischen Verfassung. Es war dies kein bloßer Zwiespalt: denn in und mit der alten Verfassung reclamirten die Stände die Theilnahme an der Verwaltung der Steuergelder, Errichtung einer ständischen Kasse, Wiederherstellung des altwürttembergischen Kirchengutes und des Instituts bleibender Ausschüsse. All' dieses wollte aber die Regierung nicht einräumen. Ebenso widersetzte sie sich einer Revision der seit 1806 erlassenen Gesetze; nur Petitionen um Aenderung einzelner Bestimmungen sollten gestattet werden. Endlich wollte die Regierung eine Repräsentation des Adels durch gewählte Vertreter nicht zugeben. Eine Vereinbarung in der Verfassungsfrage war

Digitized by Google

bei diesen Gegensätzen kaum zu erwarten. Mehr Geneigtheit zeigte der König, auf die mit der ständischen Erklärung vorgelegten Beschwerden über die Staatsverwaltung einzugehen. Er schenkte zwar auch diesen keinen Glauben, wie er überhaupt über die Stimmung des Landes von seiner Umgebung nicht unterrichtet war; doch erschienen ihm dieselben — laut des Erlasses — nach seinen höchsten Gesinnungen und Pflichten für das Land von weit größerer Wichtigkeit, als die Disceptationen über Verfassungsgegenstände; es sollte also eine genaue Prüfung angestellt und einstweilen die Versammlung vertagt werden (26. Juli 1815), unter Zurücklassung einer Commission, welche gemeinschaftlich mit königlichen Commissären die Unterhandlungen wegen der Verfassung fortsetzen sollte. Die Spannung und das Mißtrauen war aber schon so groß, daß die Stände nach Verlesung des Vertagungsrescriptes noch die Sitzung fortsetzten, um nicht blos mit einer nochmaligen Vorstellung an den König sich zu wenden, sondern auch die Staatsministerien von Hannover, Preußen und Dänemark als der Garanten der alten Landesverfassung mit der Bitte um Vermittelung anzugehen. Den 16. October 1815 wurde der wieder berufenen Versammlung eröffnet, daß die Regierung bereit sei, auf dem Wege der Uebereinkunft eine neue Verfassung zu Stande zu bringen und hierin alles dasjenige beizubehalten, was mit den gegenwärtigen Zeitumständen nur immer vereinbar sei. An diese Erklärung und die am 13. November nachgefolgten Fundamentalpunkte einer neuen Verfassung ließ sich füglich der Versuch einer Vereinbarung anknüpfen. Allein noch immer vermißte die altwürttembergische Partei eine Anerkennung der Rechtsgrundlage in der alten Verfassung und auch die Drohung der Regierung mit einer Theilung des Landes (die altwürttembergische Verfassung sollte in dem alten Lande wieder hergestellt, in den neuen Landen aber eine eigene, auf eine wahrhafte Nationalrepräsentation gegründete und zugleich die früheren Verhältnisse berücksichtigende Verfassung eingeführt werden) schreckte sie nicht ab. Allein der Zweck einer Spaltung der Stände ward durch jene Drohung erreicht; mit 59 Stimmen gegen 47 beschloß die Versammlung: unter der Voraussetzung, daß der König die innere Giltigkeit der alten Landesverträge anerkenne und nur noch über die durch das Hinzukommen der neuen Lande nothwendig gewordenen Modificationen und Zusätze eine Vereinigung nothwendig sei, die Hindernisse, welche bisher einer Vereinigung zwischen Heer und Land entgegenstanden, für gehoben zu erklären und von der Wahl ihrer Bevollmächtigten zu den einleitenden Unterhandlungen der Regierung Anzeige zu machen. — In Einem Punkte schienen die Stände auch unter sich und mit der Regierung einverstanden: in dem Grundsatze nämlich, daß die Gesammtrepräsentation in Einem Hause, in Einer Kammer vereinigt bleiben solle. Schon in einer Entschließung vom 27. Mai 1815 hatte sich der König ausdrücklich gegen eine Trennung des Adels von den anderen Repräsentanten ausgesprochen und die

Digitized by Google

Stände erwiderten: eine besondere Repräsentation des Adels liege außer den Wünschen dieses Standes sowie der Ständeversammlung, es huldigen vielmehr beide dem Grundsatze des Königs, daß der Adel in der Ständeversammlung nicht seinen Stand sondern, wie die Deputirten des Bürgerstandes, das Land im Ganzen vertrete. Während jedoch in der gemeinschaftlichen Vergleichscommission von den königlichen und ständischen Commissären je ein besonderer Verfassungsentwurf ausgearbeitet wurde, wandte sich an dieselbe eine Unzahl mediatisirter Fürsten und Grafen mit einer Erklärung, worin sie ihre Stellung als königliche Unterthanen in Zweifel zogen und behaupteten, dem württembergischen Souverän nur in ähnlicher Eigenschaft, wie vormals einige Reichsstände dem König von Preußen unterworfen zu sein. Der König schlug diesen Versuch einer Auflehnung mit gewohnter kräftiger Hand nieder [51]), und nun erklärten die Betheiligten sich bereit (30. März 1816), auf die Grundlage der teutschen Constitution, wie sie durch die Congreßacte festgesetzt und durch die Beschlüsse der Bundesversammlung ferner werde bestimmt werden, ihre Subjectionsverhältnisse anerkennen und in Unterhandlungen über die näheren Bestimmungen in Absicht auf die Vereinigung ihrer Standesherrschaften mit dem Lande sich einlassen zu wollen. Am 23. September 1816 hatte die Ständeversammlung die Berathung ihres Entwurfes beendigt, welcher im Wesentlichen auf die alte Verfassung gegründet war. Aber eine neue Schwierigkeit stellte sich der Einigung entgegen in der von der Regierung jetzt angestrebten Trennung des Adels von der übrigen Repräsentation. Das Publikum ward hierauf vorbereitet durch eine Schrift, welche das Zweikammersystem befürwortete [52]). Obgleich der Verfasser nicht genannt war, so blieb doch derselbe (der regierungsseitlich der Vergleichscommission vorgesetzte Freiherr von Wangenheim) nicht verborgen und es knüpfte

---

51) Durch Erlaß v. 23. März 1816 wurden die Unterzeichner aufgefordert, den ausgesprochenen anmaßenden Grundsätzen unumwunden zu entsagen und binnen acht Tagen ihr Unterthanenverhältniß wiederholt förmlich anzuerkennen, widrigenfalls sie als Widerspenstige behandelt und von den Berathungen der Landesversammlung ausgeschlossen würden. — Die württembergischen Mediatisirten standen indessen nicht allein; schon auf dem Wiener Congresse suchten die teutschen Mediatisirten wieder eine ihrer früheren Stellung im Reiche entsprechende Restitution ihrer Rechte und am 12. December 1815 gründete eine Anzahl teutscher Mediatisirter einen Verein zu gemeinsamer Erhaltung und Verfolgung ihrer politischen Rechte, welchem auch die meisten in Württemberg begüterten Mitglieder jenes Standes beitraten.

52) „Ueber die Trennung der Volksvertretung in zwei Abtheilungen und über landschaftliche Ausschüsse 1816." Schon zuvor erschien gleichfalls anonym, aber von demselben Verfasser: „Die Idee der Staatsverfassung in ihrer Anwendung auf Württembergs alte Landesverfassung und der Entwurf zu deren Erneuerung, Frankfurt a. M. 1815.) Der Professor der Philosophie in Tübingen Dr. Eschenmayer soll Einfluß auf diese Schrift gehabt haben, welcher Paulus in seiner philosophischen Beurtheilung der v. W'schen Idee der Staatsverfassung, Heidelberg 1817 entgegentrat.

Digitized by Google

sich daran neues Mißtrauen gegen die Regierung. Ehe sich diese noch selbst officiell ausgesprochen hatte, starb König Friedrich den 30. October 1816.

Die Stände wandten sich nun an den Sohn, König Wilhelm mit der Bitte, die Herstellung der erbländischen Verfassung, mit deren Bestätigung die fürstlichen Vorfahren die Regierung begonnen, zu vollenden. Der König erwiederte (9. November): das wahre Wohl des Volkes auf eine dauerhafte Weise zu begründen, werde sein einziges Bestreben sein und das Gefühl dessen, was er einem so biedern Volke schuldig, ihn nie verlassen; den seitherigen Arbeiten an der künftigen Verfassung sei die der Erblande zu Grunde gelegt worden; was unter veränderten Verhältnissen nur die Kraft der Regierung lähmen und zugleich die Entwickelung der wahren bürgerlichen Freiheit hemmen würde, das müsse jetzt der Kraft besserer Einsicht weichen und, je ruhiger und unbefangener in diesem Sinne werde fortgearbeitet werden, desto mehr und sicherer werde man sich auch dem ursprünglichen Geiste jener alten Verfassung, wie ihn einst der Tübinger Vertrag zeitgemäß ausgesprochen, wieder nähern. Wenige Tage darauf folgte die Wiederherstellung des Geheimeraths, von welchem die altwürttembergische Partei dieselbe Selbstständigkeit, welche er öfters in alten Zeiten gezeigt hatte, erwartete. Eine Commission zur Abstellung der Mißbräuche im Schreibereifache wurde niedergesetzt. Auch Maßregeln zur Abstellung anderer Beschwerden, namentlich des Wildschadens folgten; der im Jahre 1806 getroffene Befehl der Volksentwaffnung wurde gemildert. Vor allem bezeichnete aber den milderen Geist der neuen Regierung das Gesetz vom 30. Januar 1817 über die Freiheit der Presse. Bald wurde auch die vertagte Ständeversammlung wieder berufen und ihr der Entwurf einer Verfassung übergeben, welcher ebenso wie zuvor der ständische Entwurf gedruckt in die Oeffentlichkeit gelangte. Nur in einem festen Rechtszustande, erklärte der König, das Glück seines geliebten Volkes begründen zu können und er hoffe dieses durch eine Verfassung zu erreichen, deren leitender Grundsatz Redlichkeit, deren Charakter Oeffentlichkeit sei.

Auf die Grundlage dieses Entwurfes, welcher zwar das Zweikammersystem, aber in reinerer Form als das heutige (die erste Kammer sollte nur Volksvertreter, die zweite außer den nachmaligen Standesherrn die Ritterschaft, Geistlichkeit und vier Vertreter der gelehrten Anstalten enthalten) und auch sonst manche wesentliche Verbesserungen, sowohl der verunglückten Verfassungsurkunde von 1815 als auch der alten Verfassung gegenüber enthielt (u. A. jährliche Landtage, aber keinen Ausschuß), begannen neue Verhandlungen, zunächst mit Anerkennung der Oeffentlichkeit, vorbehältlich zu treffender Einrichtungen für Zulassung des Publikums. Consequent war auch jetzt wieder das Verlangen des größten Theiles der altwürttembergischen Deputirten, daß die Rechte des alten Landes auf seine Verfassung, wenn auch nicht

Digitized by Google

durch die besondere Zustimmung des alten Landes (itio in partes) zu dem neuen Verfassungswerke, so doch durch das Erforderniß einer Mehrheit von drei Viertheilen der anwesenden Stände zu einer Aenderung in den Hauptpunkten der alten Verfassung: dem Steuer- und Kassenwesen und dem Princip der fortdauernden Repräsentation, gewahrt werden solle. Die Neuwürttemberger wollten, daß die Rechte der Kirche und des Adels von der Entscheidung durch gewöhnliche Majorisirung ausgenommen werden; aber die Regierung, welche jetzt durch den Geheimerath ihre Entschließung mittheilte, versagte mit Recht diese Ausnahmen und sie beruhigte die Versammlung, indem sie selbst mit einigen weiteren materiellen Zugeständnissen entgegenkam, namentlich einen fortdauernden ständischen Ausschuß zugab, mit der wohl angebrachten Beschränkung, daß demselben keine Befugniß eingeräumt werde, welche den jährlichen Landtag entbehrlich mache. Eine erneuerte Bitte der kgl. Prälaten (Generalsuperintendenten) um Wiederherstellung der vierzehn altwürttembergischen Prälaturen und Berücksichtigung ihrer Standschaftsrechte ward von den Ständen (12. Mai 1817) dahin beantwortet, daß sie nichts versäumen würden, wodurch die Rechtsansprüche der ehemaligen evangelischen Prälaten in demjenigen Verhältnisse geltend gemacht werden könnten, welches nur immer dem Umfange der ständischen Pflichten und Befugnisse sowie den veränderten Verhältnissen des Landes entsprechen dürfte. Ferner gab die Zuschrift des Prinzen Paul (Bruders des Königs) der Versammlung Anlaß, sich für die Theilnahme der k. Agnaten an der Repräsentation auszusprechen (30. Mai), obgleich der König kurz zuvor (10. Mai) erklärt hatte, getreu den Grundsätzen seines Vaters keine Einmischung von Seite der Agnaten in die Unterhandlungen über einen zwischen dem Regenten und den Volksvertretern abzuschließenden Verfassungsvertrag zugeben zu wollen.

Einstweilen hatten die Verhandlungen über den Entwurf selbst keinen ersprießlichen Fortgang genommen. Am 26. Mai 1817 theilte die Regierung weitere Zugeständnisse mit, sowohl in Betreff der Verantwortlichkeit der Staatsdiener, als wegen der Fortdauer der Repräsentation, Zugeständnisse, welche sie als die äußersten erklärte, und als die Versammlung auch jetzt noch den modificirten Entwurf mit 67 Stimmen gegen 42 ablehnte, wurde dieselbe aufgelöst und von der k. Regierung unter Rechtfertigung ihres Verfahrens erklärt (5. Juni): daß wenn die Mehrzahl des Volks durch die Amtsversammlungen oder durch die Magistrate sich für Annahme der Regierungsvorschläge aussprechen sollte, der König seiner Seits den Verfassungsvertrag als abgeschlossen ansehen und in Wirksamkeit setzen würde. Die Gemeinden und Amtskörperschaften sollten also darüber entscheiden, ob die Verfassung gelten solle oder nicht. Auch denjenigen Virilstimmführern, welche nicht persönlich gegen die Annahme der Verfassung gestimmt hatten, wurde überlassen, nachträglich sich für die Annahme auszu-

sprechen; ein Einfluß auf die Entscheidung wollte aber, wie es scheint, diesem Votum nicht beigelegt werden. Indessen das Auskunftsmittel schlug fehl; die gehofften Zustimmungserklärungen blieben aus. Ebensowenig konnte dem in dem Rescripte vom 26. Mai eventuell erklärten Vorbehalte, daß der König jedenfalls sein getreues Volk der Wohlthaten des Verfassungsentwurfes, soweit sich dieselbe nicht auf die ständische Repräsentation beziehen, theilhaftig machen würde, die Bedeutung beigelegt werden, daß der Entwurf nunmehr partiell zum Verfassungsgesetz geworden wäre; der Entwurf behielt, nachdem er abgelehnt worden, keinen anderen Werth als den von Motiven für künftige Gesetzesbestimmungen und Verwaltungsmaßregeln. Einzelne freisinnige Bestandtheile des Entwurfes, z. B. die §§ über die Bestimmung einer königlichen Civilliste, Freizügigkeit, Abwendung des Wildschadens, über die Bildung von Gemeindeausschüssen wurden sofort durch besondere Verordnungen vollzogen, andere, wie das dem Entwurf beigefügte Adelsstatut, das Universitätsstatut, wurden von der Verwaltung freiwillig beachtet. Ein bedeutender Fortschritt lag insbesondre in den eilf Edicten vom 18. November 1817. Durch die zwei ersten wurden die Abgaben aus der Leibeigenschaft aufgehoben, die der k. Kammern unentgeldlich, die der anderen Leibherren unter Vorbehalt der Entschädigung, welche jedoch erst durch ein Gesetz vom Jahre 1836 festgesetzt und auf den Staat übernommen wurde. Andere kleinere Gefälle wurden für ablösbar erklärt. Weiter wurde der Erblehensverband aufgehoben, die Verwandlung der Falllehen in schlichte Zinsgüter gegen Ablösung der Lehensherrlichkeit zugelassen, das Dasein ungemessener Frohnen für ungesetzlich erklärt (deren Verwandlung in gemessene angeordnet), die Auflegung neuer Grundlasten untersagt. Das III. Edict enthält ein Staatsschuldenzahlungsstatut, das IV. die Eintheilung des Königreiches in 4 Kreise und 64 Oberämter, das V. die Organisation des Geheimeraths und der Departementsministerien. Die sechs weiteren betreffen die Bildung einer Staatscontrole und einer Oberrechnungskammer, die Besoldungen und Pensionen der Staatsdiener, die Aufstellung einer Retardatencommission (zur Aufräumung der Geschäftsrückstände bei den k. Stellen) und das Ausstandswesen bei den Staatskassen.

Auf den 13. Juli 1819 wurde eine neue verfassungberathende Ständeversammlung, mit Hinweglassung der Kronerbbeamten und Hinzufügung eines zweiten evangelischen Generalsuperintendenten (Prälaten) diesmal nach Ludwigsburg berufen. Die Geschäfte gingen jetzt rascher; man fühlte beiderseits das Bedürfniß fester Zustände. Die Prüfung des bedeutend abgekürzten, zum Theil verbesserten, zum Theil freilich auch verschlimmerten Verfassungsentwurfes und die Unterhandlung mit königlichen Commissären wurde einer Deputation, bestehend aus dem Präsidenten, Vicepräsidenten und weiteren fünf Mitgliedern übertragen. Am 6. September 1819 begannen die Verhandlungen in der Versammlung selbst und schon am 18. September wurden deren

Digitized by Google

Beschlüsse den k. Commissären zur Vorlegung an die Regierung mitgetheilt. Am 22. September erfolgte die k. Entschließung mit der Billigung eines großen Theiles der gestellten Anträge; aber Mehreres von Bedeutung wurde auch versagt, so die Anerkennung des Grundsatzes der Oeffentlichkeit der Rechtspflege, der Verzicht auf die Niederschlagung (Abolition) von Untersuchungen, die Anerkennung der Befugniß der Gemeinden und Amtskörperschaften zur Wahl ihrer Vorsteher und Diener. Mehrseitige Erklärungen und Vorbehalte fanden statt, theils bezüglich der eben genannten wichtigen Punkte, theils Seitens der katholischen Kirche, der anwesenden Standesherren und mehrerer vormaliger Reichsstädte (denen keine besondere Standschaft eingeräumt worden) bezüglich ihrer besonderen Ansprüche. Nichts destoweniger wurde der Verfassungsentwurf, wie er jetzt vorlag, einstimmig angenommen und den 25. September 1819 von dem König und der Versammlung die neue Verfassungsurkunde unterzeichnet.

Auf diesen raschen Abschluß hatte die Besorgniß eingewirkt, es möchten auf den Karlsbader Conferenzen (6—31. August 1819) Beschlüsse gefaßt werden, welche den Art. 13 der Bundesacte in einem dem Repräsentativsystem feindlichen Sinne auslegen. Wirklich lag dort eine solche von Gentz bearbeitete Auslegung vor; auch hatte Fürst Metternich durch den in Karlsbad anwesenden württembergischen Minister der auswärtigen Angelegenheiten, Grafen von Winzingerode, den Wunsch ausgesprochen, es möchten wo möglich vor dem Ausgange der Ministerconferenzen keine neuen Verbindlichkeiten gegen die einberufene constituirende Ständeversammlung eingegangen werden [53]). Allein obgleich die Regierung sich geneigt erklärte, bei Ziehung einer alle teutschen Staaten (auch Bayern und Baden, welche bereits neue Verfassungen hatten) gleichmäßig bindenden Grenzlinie mitzuwirken, so konnte doch der Abschluß des Verfassungswerkes nicht über die Verhandlungen zu Karlsbad hinaus bis zu den nachgefolgten Wiener Conferenzen, wohin die Auslegung des Art. 13 verschoben wurde, hingehalten werden. Der ausgesprochene Grundsatz noch in die neue Verfassung, deren Abschluß vielseitige Rücksichten zu verzögern verbieten, aufgenommen werden könne. Zugleich machte jedoch der Minister

53) Klüber, Urkunden für den Rechtszustand der teutschen Nation, herausgegeben von Welker (die Karlsbader Verhandlungen sind hier abgedruckt) Mannheim 1844. S. besonders die Beilagen S. 250 flg., 295 flg. Vergeblich beantragte der württembergische Minister in der ersten Conferenz zu Karlsbad die Interpretation des Art. 13 der Bundesacte unter diejenigen Maßregeln aufzunehmen, welche bereits in Karlsbad gegen die entdeckten revolutionären Umtriebe verabredet werden sollen. (!) In der dritten Conferenz gab er eine schriftliche Entwickelung seines Antrages, welche aber erst dem achten Protocolle beigefügt wurde und durch die Widersprüche und Tactlosigkeiten, die darin zu Tage treten, in der That den staatsmännischen Charakter des Ministers nicht in das beste Licht stellte. Der mit den württembergischen Verhältnissen sehr wenig bekannte Minister wünschte in der

aufmerksam, wie jetzt, nachdem von mehreren Regierungen schon „seit zu langer Zeit“ ohne Widerspruch des Bundes Volksrepräsentationen eingeführt worden, ein retrograder Schritt höchst mißlich sei, weil die öffentliche Meinung, selbst in den unteren Volksklassen, an ihrer empfindlichsten Stelle verletzend und provocirend wirken würde. Indessen wurden doch in Karlsbad einige Beschlüsse gefaßt, worunter die bekannten Maßregeln gegen die Presse, welche mit §. 24 und 28 der württemb. Verfassung und dem einheimischen Preßgesetz vom 30. Jan. 1817 im Widerspruch standen. Der württembergische Minister äußerte zwar in der ersten Conferenz zu Karlsbad ganz richtig, wie eine Censur überhaupt nicht der gehegten Absicht entspreche, noch ein ausreichendes Mittel sei; auch werde man schwerlich die erforderliche Zahl tüchtiger Subjecte zu Censoren finden; er halte vielmehr dafür, daß die neue französische Einrichtung mit dem Cautionnement die bessere sei, da es ihm bedenklich scheine, wenn diejenigen Staaten, in welchen bereits die Censurfreiheit eingeführt sei, dem Volke diese Vergünstigung wieder entziehen wollen. Allein schon in der neunten Conferenz hielt sich der Minister überzeugt: der König, sein Herr, werde gern allem sich anschließen, was in Karlsbad verabredet werde[54]); und auch in Frankfurt stimmte Württemberg für die sog. Karlsbader Beschlüsse (20. September), welche sofort, wenige Tage nach Verkündigung der Verfassung im Regierungsblatt (1. October) veröffentlicht wurden.

Der erste verfassungsmäßige Landtag wurde auf den 15. Januar 1820 nach Stuttgart berufen: das alte landschaftliche Gebäude diente jetzt zur Aufnahme der ersten Kammer (der Standesherren), das daneben befindliche größere Gebäude mit einer Gallerie für die Zuhörer zu den Sitzungen der zweiten Kammer (Kammer der Abgeordneten). Wie hier, so bildeten auch auf den späteren Landtagen, welche sich ordentlicher Weise von drei zu drei Jahren folgten, die Budgetsberathung, die Verwaltung der Staatsschulden, welche der ständischen Aufsicht zunächst untergeordnet ist, die Controle des Staatshaushaltes, die Verabschiedung von Gesetzen und die Erledigung von Petitionen die Hauptgegenstände der ständischen Arbeiten in beiden Kammern. Auf den Landtagen von 1821, 1823/24 und 1828 fanden sich die Standesherren nicht in zureichender Zahl ein, was nach der Verfassung die Folge hatte, daß die Kammer der Abgeordneten allein als Ständeversammlung handelte. Einige außerordentliche Landtage (1827, 1838, 1846) wurden

---

von ihm beantragten provisorischen Declaration des Art. 13 unter anderem Beschränkung des passiven ständischen Wahlrechtes auf die Höchstbesteuerten, Zurückführung des ständischen Antheiles an der Gesetzgebung auf ein votum consultativum, wo dies noch möglich wäre. Der Minister blieb auf seiner Stelle bis zum Jahre 1823, wo ihn die aus Anlaß des Congresses zu Verona erlassene, im Constitutionel abgedruckte Circularnote vom 8. Januar 1823 (Allg. Ztg. 1823 Nr. 55), stürzte.

54) Daselbst S. 115, 135.

Digitized by Google

für umfassende Gesetzgebungsarbeiten berufen. (Wir werden die wichtigsten Gesetze später anführen.)

Der Fortschritt in der gesammten Staatsthätigkeit und in dem neu geordneten Gemeindeleben war nicht zu verkennen. Doch blieben die gehegten Erwartungen und ertheilten Zusagen lange nicht erfüllt. Vergebens suchte die sog. liberale Partei in der Kammer der Abgeordneten die Grundsätze des constitutionellen Staatrechtes gegenüber den Einschränkungen durch die Bundesbeschlüsse von 1819, 1824, 1831 und 1832 und gegenüber dem mehr und mehr um sich greifenden polizeistaatlichen Regimente zur Geltung zu bringen. Die Oeffentlichkeit der Rechtspflege, zu deren Gunsten die Mehrheit der constituirenden Versammlung in Ludwigsburg (1819) vor dem Auseinandergehen noch Verwahrung eingelegt hatte, wurde verweigert (mit Ausnahme eines Schlußverfahrens in schweren Criminalfällen). Fr. List, der bekannte Nationalökonom, ward wegen einer von ihm verfaßten Petition, betreffend die Mängel der Staatsverwaltung, in Criminaluntersuchung gezogen und aus der Kammer gewiesen. Die Universität Tübingen erhielt, um sie anderen Staatsanstalten gleich zu machen, eine neue Organisation (18. Jan. 1829), wodurch das Rectorat aufgehoben oder vielmehr dem von dem König ernannten Kanzler übertragen wurde; auch das Dekanat in den Facultäten sollte nicht mehr durch Wahl besetzt werden, sondern je dem Senior zukommen. Doch ward durch eine neue Verordnung vom 18. April 1831 so ziemlich wieder die alte corporative Verfassung hergestellt. Einzelne unabhängige Männer aus dem Staatsdienste, welche in die zweite Kammer gewählt worden waren, erhielten keinen Urlaub und nahmen darauf ihren Abschied (F. Römer, L. Uhland). Die Censur blieb trotz der Verfassung und des einheimischen Gesetzes von 1817 und als die Kammer der Abgeordneten im Jahre 1833 auf's Neue die verfassungsmäßige Preßfreiheit gegenüber dem nach Einführung der Verfassung publicirten Bundesbeschlusse von 1819 in Anspruch nahm, wurde sie aufgelöst. Im März 1848 wurden die Häupter der bisherigen Opposition (Römer, P. Pfizer, Duvernoy, Goppelt) in das Ministerium gerufen und nun wurde nach Verabschiedung der Gesetze über Ablösung der Grundgefälle eine neu gewählte Kammer der Abgeordneten berufen, welche anfangs in Verbindung mit der Kammer der Standesherren und dann, als diese von selbst auseinanderging, allein weitere wichtige Gesetzesentwürfe, z. B. über Einführung der Schwurgerichte berieth. Schon bei dem Beginn dieses sog. langen Landtages waren Regierung und Kammer der Abgeordneten darin einig, daß Württemberg sich den Beschlüssen der Nationalversammlung zu Frankfurt zu unterwerfen habe[55]). Es wurden auch die von dem

55) Eröffnungsrede v. 20. Sept. 1848. Adresse v. 26. Sept. Antwort des Königs im Protocoll v. 2. Oct. Vergl. Nachtrag zum Rechenschaftsbericht im 1. Beil. Bd. S. 17 und Prot. v. 3. Oct. S. 123.

Digitized by Google

Reichsverweser publicirten „Reichsgesetze" durch Beigabe des Reichsgesetzblattes zum Regierungsblatt ohne weiteres veröffentlicht. Dies geschah namentlich mit dem Gesetz über die Grundrechte des teutschen Volkes vom 27. December 1848, welchem am 14. Januar 1849 eine Ministerialverfügung zum Zwecke seiner Einführung nachfolgte. Die von der Nationalversammlung angenommene Wechselordnung wurde durch ein besonderes Gesetz (6. Mai 1849) in Württemberg eingeführt. Auch die Reichsverfassung vom 28. März 1849 wurde in Württemberg anerkannt. Dagegen löste sich der nach Stuttgart übersiedelte Rest der Nationalversammlung auf, da in Folge eines Conflictes mit der einheimischen Staatsgewalt das Sitzungslocal geschlossen wurde.

Zur Abänderung der Landesverfassung vom Jahre 1819 in Folge der Beseitigung der Standesvorzüge durch die Grundrechte wurde gemäß dem Gesetze vom 1. Juli 1849 eine außerordentliche Landesversammlung, aus Einer Kammer bestehend, berufen, welche zugleich bis zur Vollendung der Revision die Stelle der Ständeversammlung vertreten sollte, jedoch bald ohne zu einer speciellen Berathung zu gelangen, aufgelöst wurde. Dasselbe Schicksal hatte eine zweite und eine dritte Landesversammlung. Mit der letzteren wurde mittelst königlicher Verordnung vom 6. November 1850 auch das Gesetz vom 1. Juli 1849 beseitigt, indem die Regierung unter Bezugnahme auf das Verhalten der Landesversammlung in Betreff der „unabweislich gewordenen" Kriegsrüstungen (die Versammlung hatte nämlich das Ansinnen einer außerordentlichen Verwilligung zu einer militärischen Aufstellung gegen Kurhessen und Preußen fast einstimmig abgelehnt) und den Inhalt der Commissionsberichte in der Verfassungsangelegenheit (die Versammlung selbst hatte sich darüber noch nicht ausgesprochen) den Zustand vor jenem Gesetze wiederherstellte [56]). Daran knüpfte sich eine Reihe anderer Maßregeln; der von der Landesversammlung verfassungsgemäß zurückgelassene Ausschuß wurde aufgelöst und an seiner Stelle der ältere, im Jahre 1849 gewählte und seither durch mehrere Neuwahlen abgelöste ständische Ausschuß wieder berufen. Als dieser nicht zu Stande kam, wurde zur Aufsicht über die unter dem Ausschuß stehende Staatsschuldenzahlungskasse eine provisorische Regierungscommission ernannt und, als der von der Landesversammlung gewählte Ausschuß auch hiergegen Einsprache erhob, wider die Mitglieder desselben wegen „Ungehorsams" eine polizeiliche Untersuchung eingeleitet, die jedoch, auf erhobene Beschwerde von dem Gerichtshofe zu Eßlingen wegen mangelnden bösen Vorsatzes eingestellt ward [57]). Gleichwohl wurden jetzt einzelne Mitglieder der aufgelösten Landesversammlung, welche in öffent-

56) Vgl. Reyscher, drei verfassungsberathende Landesversammlungen. Tübingen 1851.

57) S. die gedruckten Actenstücke in der Schrift: Zur Geschichte des württemberg. Verfassungslebens. Stuttgart 1851.

lichen Dienſten ſtanden, auf adminiſtrativem Wege von ihren Stellen entfernt; anderen wurde der Urlaub zum Eintritt in die reſtaurirte Ständeverſammlung verweigert. Durch eine Verordnung vom 25. December 1850 wurde die im Jahre 1848 befreite Preſſe wieder mehrfach beſchränkt — weiter als es die Bundesgeſetzgebung erheiſchte; namentlich wurde das Syſtem der polizeilichen Beſchlagnahme (ohne ein verfolgbares Vergehen), vorbehältlich der Beſtätigung des Gerichtshofes, der hierbei nur polizeilich fungirt, wieder eingeführt. Ebenſo wurde der Bundesbeſchluß über das Vereinsweſen von 1854 mit einigen Zuſätzen publicirt (25. Januar 1855) ohne auch hierüber die Stände zu hören! Die Grundrechte wurden in Folge Bundesbeſchluſſes vom 23. Auguſt 1851 durch Verordnung vom 5. October 1851 aufgehoben; nur die ſeit der Miniſterialverfügung vom 14. Januar 1849 angewandten Vorſchriften in Betreff der Rechtsverhältniſſe der Iſraeliten blieben vorerſt noch in Anwendung[58]). Auch für eine neue Regelung der Rechtsverhältniſſe der römiſch-katholiſchen Kirche wurden anfangs die Grundrechte geltend gemacht; das landesherrliche placitum obgleich in der Verfaſſung gegründet, wurde in der Praxis erlaſſen. Doch machten ſich bald noch andere Einflüſſe geltend. Nachdem die mit den anderen Staaten der oberrheiniſchen Kirchenprovinz vereinbarte kgl. Verordnung vom 1. März 1853 die klerikale Partei nicht befriedigt hatte, wurden von der Regierung abgeſonderte Verhandlungen mit dem päbſtlichen Stuhle begonnen, in deren Folge die Vereinbarung vom 8. April 1857 zu Stande kam. Der Ständeverſammlung, welche ſeit 1851 öfter vertagt, ein Mal aufgelöſt (1855), aber niemals förmlich verabſchiedet wurde, ward bis jetzt dieſes Concordat nicht vorgelegt. Dagegen wurden ihr verſchiedene Geſetzesentwürfe zum Zweck der Ablöſung der auf Gutscomplexen ruhenden Laſten, zu einer Aenderung der Ablöſungsgeſetze von 1848 und 1849 (zu Gunſten der Gefällberechtigten) zu einer Reviſion der Gemeindeverfaſſung (im Intereſſe des großen Grundbeſitzes) und zu einer neuen Gerichtsorganiſation vorgelegt. Dieſe Entwürfe ſcheiterten theils an dem Widerſpruche der zweiten, theils an dem der erſten Kammer, welch' letztere gleich jener in Folge der kgl. Verordnung vom 6. November 1850 in ihrer alten Zuſammenſetzung wieder in Wirkſamkeit getreten war. Ein im J. 1851 eingebrachter Entwurf einer revidirten Verfaſſung wurde von der Regierung am 13. Juni 1852 wegen veränderter Verhältniſſe zurückgezogen.

Ueberſicht der heutigen Verfaſſung und Geſetzgebung.

Geſetz- und Rechtsſammlungen, Zeitſchriften. Bevor wir zur überſichtlichen Darſtellung der heutigen Verfaſſung und Geſetz-

58) Verordnung v. 5. Oct. 1851.

gebung übergehen, sind erst die Quellen anzugeben, woraus das dem Lande eigenthümliche öffentliche und Privatrecht zu schöpfen ist. Zunächst gehören hierher die einzeln gedruckten größeren Gesetzeswerke: das Landrecht von 1610 (die zwei ersten Landrechte sind vom Jahre 1555 und 1567), die Landesordnung von 1621 und eine Anzahl einzelner Ordnungen, wie die Hofgerichts-, Forst-, Wilderer-, Bau-, Zehnd- und andere Ordnungen, welche unter dem Titel „allerhand Ordnungen" in einer amtlichen Gesammtausgabe von 1670 (letzte Auflage 1767) in Erinnerung gebracht wurden; ferner die Ehe- und Ehegerichtsordnung von 1687, die Handwerksordnungen, zusammengedruckt 1758, die gleichfalls im Jahre 1758 erlassene von dem Landschaftsconsulenten J. J. Moser verfaßte Ordnung für die Communen, die Wechselordnung vom J. 1759. Alle diese umfassenden Gesetze sind indessen schon zur Zeit des Herzogthums durch eine große Menge von Generalerlassen (zu Ende des 18. Jahrhunderts zählte man deren gegen 14,000) und noch mehr durch die neuere Gesetzgebung vielfach abgeändert worden. — Ursprünglich war vollständiges öffentliches Vorlesen in den Gemeinden, bei dem Landrecht (mit Ausnahme des größeren Theils des Processes) der Landesordnung jährliche, bei der Eheordnung sogar halbjährige Wiederholung der Verkündigung (auf dem Rathhause, bei der Eheordnung in der Kirche von der Kanzel) vorgeschrieben. Dies wurde jedoch nicht streng durchgeführt. Heutzutage wird nur noch ein kurzer Auszug aus den noch giltigen Polizeiordnungen bei dem „Ruggericht" abgelesen. Die alten Gesetze bis 1806 sind in den meisten Gemeinden gar nicht zu finden und auch bei den Bezirksämtern waren früher nur einzelne lückenhafte Sammlungen der theils gedruckt, theils handschriftlich ausgegangenen Generalrescripte angelegt. Schon der erste Lehrer des württembergischen Rechtes Chr. Fr. Harpprecht[59]) klagte deshalb über den Mangel einer vollständigen Kenntniß der einheimischen Quellen und er selbst beabsichtigte eine vollständige Sammlung der bürgerlichen Gesetze Württembergs herauszugeben. Auch der Landschaftsconsulent J. J. Moser sammelte für ein corpus iuris provincialis Wirtembergici (s. seine württemb. Bibliothek, 4. Ausg. S. 284). Beide Plane kamen nicht zur Ausführung. Nur theilweise wurde dem Bedürfnisse abgeholfen durch Hochstetter's Extract, ferner durch die Sammlungen von Gerstlacher, Hartmann, Kapff, Knapp (s. über all' diese die Vorrede zu der nachher genannten großen Gesetzesammlung S. 68). Das wissenschaftliche und praktische Bedürfniß veranlaßten endlich die 1828 begonnene und 1851 vollendete

„Vollständige, historisch und kritisch bearbeitete Sammlung der württembergischen Gesetze" herausgegeben von A. L. Reyscher, Stuttgart bei Cotta, jetzt bei Fues in Tübingen.

---

59) De fontibus iur. civ. mod. wirt. Tubingae 1714. p. 29. Vgl. desselben

Digitized by Google

Dieselbe erschien in folgenden Abtheilungen, welche je wieder von Männern des besonderen Faches ausgeführt wurden: 1) Staatsgrundgesetze bis 1828, 3 Bde. von A. L. Reyscher; 2) Gerichtsgesetze (Privatrechts- und Proceßgesetze) bis 1838 einschließlich von Rieke und Kappler, 4 Bde.; 3) Kirchengesetze (bis 1834) a) evangelische von Eisenlohr, 2 Bde., b) katholische von Lang, 1 Bd.; 4) Schulgesetze in 3 Abtheilungen: a) Volksschulgesetze (bis 1839) von Eisenlohr, b) Gesetze für die Mittel- und Fachschulen (bis 1843) von Hirzel, c) Universitätsgesetze (bis 1843) von Eisenlohr; 5) Regierungs- und Polizeigesetze (bis 1838) von Zeller und Mayer, 5 Bde. mit 2 Anhängen enthaltend: die Gesetze in Betreff der Israeliten und die Postgesetze; 6) Finanzgesetze in 3 Theilen: a) Cameralgesetze (bis 1846) von Hoffmann; b) Steuergesetze bis 1839 und c) Gesetze für das Staatsrechnungswesen bis 1834 einschließlich diese beiden von Moser; 7) Kriegsgesetze bis 1848 von Kapff, 3 Bde.

Allen diesen in sich chronologisch geordneten und bis zu den Anfängen der Landesgesetzgebung zurückgehenden Abtheilungen sind geschichtliche Einleitungen beigegeben. (Eine Ausnahme macht bis jetzt Nr. 2.) Die Grundlage sowohl des Textes als der historisch-kritischen Zugaben bildeten die archivalischen Quellen, welche den Herausgebern unbeschränkt geöffnet waren. Die Sammlungen selbst sind von den betreffenden kgl. Departementsministerien durchgesehen und für die kgl. Centralkreis- und Bezirksbehörden angekauft worden.

Eine amtliche Ausgabe der Gesetze und Verordnungen seit 1807 enthält das Staats- und Regierungsblatt in 4 (kleinere Ausgaben in 8 bei Metzler in Stuttgart).

Die Bekanntmachung im Regierungsblatte dient „statt einer weiteren Insinuation"; da aber dasselbe von den Wenigsten gelesen wird, so sollen die darin enthaltenen Gesetze und Verordnungen ebenso wie die besonders ausgeschriebenen Normalbefehle am ersten Sonntage nach ihrem Erscheinen in jedem Orte vorgelesen werden, was aber selten beobachtet wird. —

Zur Kenntniß der, besonders für die Rechtsgeschichte wichtigen Ortsrechte, als der hauptsächlichen Entscheidungsquelle vor dem Landrechte (1555), dient die „Sammlung altwürttembergischer Statutarrechte", herausgegeben (mit Hilfe des Geh. Archivars Knusler) und mit historisch-kritischen Anmerkungen begleitet von A. L. Reyscher, bis jetzt 1 Band. Tübingen 1834. Dieser erste Band enthält vorläufig die Rechte von 19 Städten und Aemtern des Herzogthums Württemberg, theils in der Form von Weisthümern,

---

Consultatio de colligendo corpore iuris wirt. et scribendis institutionibus iuris wirt. privati omnis. Tub. 1727. Weißer, Nachrichten von den Gesetzen des Herzogthums Wirtemberg. Stuttgart 1781.

Digitized by Google

theils und noch mehr in der Gestalt von Statuten und Lagerbüchern. Insbesondre sind, soweit sie jene Bezirke angehen, abgedruckt die 1552 vor Abfassung des Landrechtes eingeforderten Berichte über die Erbrechtsgebräuche, wovon Fischer in seinem Versuche über die Geschichte der teutschen Erbfolge Bd. 2, S. 130 flg. einzelne, mitunter fragmentarisch, mitgetheilt hat[60]).

Für die seit 1803 erworbenen neuen Lande wurde bis jetzt eine solche Sammlung nicht unternommen. Indessen haben auch die dortigen Lokalrechte, gleichwie die in einzelnen Landestheilen früher angewandten Gesetze und Generalerlasse der vormaligen Regierungen, z. B. das Landrecht der Grafschaft Hohenlohe von 1738, der 1783 in Vorderösterreich eingeführte 1. Theil des bürgerlichen Gesetzbuches, das Gesetzbuch der Grafschaft Friedberg-Scheer von 1792, keine unmittelbare Anwendbarkeit. Wie in dem württembergischen Landrechte von 1555 (am Schlusse) wurden nämlich auch bei Einführung des württembergischen Rechtes in den neuen Landen die besonderen Rechte und Statuten, soweit sie jenem entgegen, für aufgehoben erklärt[61]). Doch ist das Zurückgehen auf dieselben jedenfalls nicht zu umgehen bei Rechtsverhältnissen, welche entweder unter der Herrschaft des früheren Rechtes entstanden sind oder wo die Betheiligten selbst (z. B. bei Eheverträgen, worin die allgemeine Gütergemeinschaft festgesetzt wird) im Hinblick darauf disponirt haben. Auch darüber, ob und wie weit die württembergischen Gesetze die vor ihrer Einführung entstandenen Rechtsverhältnisse, also rückwärts, anwendbar seien, entstanden vielfache Zweifel, welche durch die kgl. Verordnung vom 12. September 1814 gelöst wurden[62]).

Von Zeitschriften, welche das württembergische Recht im ganzen betreffen, sind zu bemerken: Hofacker, Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreiche Württemberg. 4 Bde. Stuttgart 1825—1831. Sarwey, Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg. 20 Bde. Ludwigsburg 1837—1855. An ihre Stelle

---

60) So gern der Herausgeber der von C. G. Wächter (Repert. der teutschen Literatur), Homeyer (Jahrbücher für wissensch. Kritik 1834 Nr. 15), R. F. Eichhorn (Haller Lit. Ztg. 1834 Nr. 182) und Anderen ausgesprochenen Aufforderung entsprochen hätte, so konnte doch die Sammlung in Ermangelung einer Staatsunterstützung nicht fortgesetzt werden.

61) Instr. für den II. Senat des Oberjustizcollegiums v. 4. Mai 1860, für das Obertribunal v. 8. dess. M. Ueber die Frage, ob die Provinzial- und Lokalrechte noch subsidiäre Geltung (nach den Landesgesetzen) genießen, bestehen verschiedene Ansichten. Für die Bejahung ist Reyscher, über die Einführung der württemberg. Gesetze in die neuen Lande (acad. Programm), Tübingen 1838 und in seinem württemb. Privatrechte 2. Aufl. §. 67. Schlayer in der Gießener Zeitschrift von Linde. Entgegengesetzter Ansicht: K. v. Wächter in Sarwey's Monatsschrift für die Justizpflege in Württemberg Bd. 2, S. 13. C. G. Wächter das. Bd. 4, S. 399 flg. (wogegen wieder Reyscher das. Bd. 5, S. 219.)

62) Der Verfasser dieser Verordnung, Georgi, hat seine Ansichten in dem Archiv f. civil. Praxis Bd. 3, S. 160 weiter entwickelt.

Digitized by Google

trat: Württembergiſches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung mit Einſchluß der Adminiſtrativjuſtiz von Kübel und Sarwey, bis jetzt 2 Bände.

Staatsrecht.

Das heutige Staatsrecht des Königreichs Württemberg iſt trefflich erläutert von R. v. Mohl, das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. 2. Aufl. Tübingen 1840. 2 Bde. Einzelne Lehren, namentlich die Verhältniſſe zum teutſchen Bunde, ſind behandelt in Reyſcher's publiciſtiſchen Verſuchen. Stuttgart 1832. Das alte Staatsrecht des Herzogthums Württemberg iſt ſyſtematiſch dargeſtellt von Breyer, elementa iuris publ. Wirt. Tubingae 1787.

Verhältniß zum teutſchen Bunde.

Württemberg nimmt nach der proviſoriſchen Sitz- und Stimmordnung der Bundesverſammlung und nach ſeiner Bevölkerung die ſechſte Stelle am Bunde ein, doch iſt jene Stimmordnung für den Rang und die Rechte der Bundesſtaaten unpräjudicirlich [63]). Die „organiſchen Beſchlüſſe" der Bundesverſammlung werden für Württemberg verbindlich durch die kgl. Publication; doch wirken die Stände mit bei Geſetzen, welche zur Ausführung der Bundesbeſchlüſſe nothwendig werden, wie überhaupt bei Beſtimmung der Mittel zur Erfüllung der Bundespflichten. (Verf. §. 3.)

Rechte der Staatsbürger und Staatsdiener.

Der Huldigungseid wird dem Staatsoberhaupte auch jetzt, wie nach dem Tübinger Vertrage von 1514, erſt geleiſtet nach Anerkennung der Landesverfaſſung. Die Staatsbürger haben gleichen verfaſſungmäßigen Gehorſam zu leiſten. Keiner kann wegen ſeiner Geburt von einem Staatsamte ausgeſchloſſen werden. Die Militärpflicht iſt, geſetzliche Ausnahmen abgerechnet, allgemein. Freiheit der Perſon, des Eigenthums, ferner Gewiſſens- und Preßfreiheit, das Recht der Beſchwerde ſind zugeſichert.

Kein Staatsdiener ſoll angeſtellt werden ohne beſtandene Prüfung; in den Dienſteid iſt die Verpflichtung auf die Verfaſſung aufgenommen, für deren Beobachtung die Departementsvorſtände insbeſondre verantwortlich ſind, die anderen Staatsdiener nur, ſofern ſie entweder ſelbſtſtändig in ihrem Geſchäftskreiſe der Verfaſſung entgegen handeln oder Anweiſungen vollziehen, die entweder nicht von der geeigneten Stelle oder nicht in der ordnungsmäßigen Form ausgegangen ſind; doch haben ſie bei einem Zweifel über die Competenz der befehlenden Stelle oder über den Inhalt einer höheren Verfügung bei der ihnen vorgeſetzten Behörde anzufragen, im Falle eines beharrenden Beſcheides aber die Verfügung zu vollziehen. Weitere, jedoch nicht durchaus ſchützende Beſtimmungen enthält die Verfaſſung hinſichtlich der Entfernung von Staatsdienern; ſo z. B. ſoll zwar eine Verſetzung ohne Verluſt an Rang

63) Teutſche Bundesacte Art. 4, 6, 8. Ueber den Präcedenzſtreit zwiſchen Württemberg und Hannover ſ. Klüber, Ueberſicht der diplomat. Verhandlungen des Wiener Congreſſes S. 505.

und Gehalt nur aus erheblichen Gründen nach vorgängigem Gutachten des Departementschefs verfügt werden; aber die Versetzung auf eine geringere oder verschiedenartige Stelle, mit jenem Vorbehalt, z. B. eines Professors der Theologie auf eine Pfarrei, eines Professors der Juristenfacultät zu einer Regierungsrathsstelle ist nach der Praxis nicht ausgeschlossen, und selbst der „erhebliche Grund" ist nach der Auslegung des Geheimrathes dem Versetzten nicht mitzutheilen. Die Ansprüche der Civilstaatsdiener in Ansehung ihrer Gehalte und Pensionen sind geregelt durch die sog. Dienstpragmatik vom 28. Juni 1821 (ausgedehnt auf die Universität 1828) und das Gesetz vom 7. September 1849. Ein Quiescenzgehalt darf nach dem letzteren Gesetze die Summe von 2000 Gulden, eine Pension 1800 Gulden nicht übersteigen. Entsprechend wurden durch ein Gesetz von demselben Tage auch die Ruhegehalte der Officiere und Militärbeamten begrenzt.

Organisation des Dienstes. Das Königreich ist eingetheilt in vier Kreise: 1) Neckarkreis mit 17 Oberämtern, einschließlich der Stadtdirection Stuttgart, welche einem Oberamte gleichkommt, 2) Schwarzwaldkreis mit 17, 3) Jagstkreis mit 14, 4) Donaukreis mit 16 Oberämtern. Eine Veränderung der Oberamtsbezirke ist Gegenstand der Gesetzgebung. An der Spitze eines jeden Oberamtes steht ein Oberamtmann (in der Stadt Stuttgart ein Stadtdirector), welchem die administrative und polizeiliche Aufsicht über die Ortsbehörden (Schultheiß und Gemeinderath, Stiftungsrath) und die Entscheidung resp. Berichterstattung in wichtigeren Fällen seines Bezirkes zukommt. Ueber den Oberämtern steht die Kreisregierung, welche wieder dem Ministerium des Innern unmittelbar untergeordnet ist. (Von den Gerichten später.)

Die Geschäfte der Centralverwaltung sind getheilt in sechs Departements: 1) der Justiz, 2) der auswärtigen Angelegenheiten, 3) des Innern, 4) des Kirchen- und Schulwesens, 5) des Kriegswesens, 6) der Finanzen. — Den Ministern oder Departementsvorständen sind untergeordnet einzelne Centralstellen und Institute, so dem Justizministerium: das Strafanstaltencollegium und die Redaction des Regierungsblattes; dem Ministerium des Innern: die Abtheilung für den Staatsstraßen- und Wasserbau, das Medicinalcollegium, die Centralstellen für Gewerbe und Handel und für die Landwirthschaft, die Centralleitung des Wohlthätigkeitsvereins; dem Ministerium des Kirchen- und Schulwesens: das evangelische Consistorium, der katholische Kirchenrath, der Studienrath, die Landesuniversität Tübingen, die israelitische Oberkirchenbehörde, die Commission für die Erziehungshäuser, die Kunstanstalt, die land- und forstwirthschaftlichen Anstalten, die Thierarzneischule; dem Kriegsministerium das Oberkriegsgericht, der Oberrecrutirungsrath; dem Finanzministerium: die Oberfinanzkammer mit ihren Abtheilungen für Domänen, Forsten, Staatsbauten, Verkehrsanstalten (Telegraphen, Posten und Eisenbahnen); Berg- und Münzwesen, ferner die Oberrechnungskammer, die

Digitized by Google

Staatskassenverwaltung, das Steuercollegium, das topographische Bureau.

Außerhalb des Departementsverbandes steht: 1) der kgl. Geheimrath a) als höchste berathende Behörde für Gesetzesentwürfe, Anträge auf administrative Entlassung oder Zurücksetzung eines Staats- oder Corporationsdieners, Competenzstreitigkeiten zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden, für die Verhältnisse zwischen Staat und Kirche und zwischen einzelnen Kirchen sowie für andere Gegenstände, worüber der König ihn vernehmen will; b) als entscheidende Behörde bei Verwaltungsrecursen und Expropriationen; c) als Zwischenorgan für Mittheilungen zwischen Regierung und Ständen.

2) Der kgl. Staatsgerichtshof als richterliche Behörde bei Handlungen von Staatsdienern oder Ständemitgliedern, welche auf den Umsturz der Verfassung oder Verletzung einzelner Punkte derselben gerichtet sind. Dieses Collegium besteht aus einem vom König aus der Zahl der Vorstände der höheren Gerichte ernannten Präsidenten und 12 Richtern, zur Hälfte vom König aus den Mitgliedern jener Gerichte, zur Hälfte von den Ständen gewählt (zwei von diesen müssen Rechtsgelehrte sein). Eine Anklage kann geschehen von der Regierung gegen einzelne Mitglieder der Ständeversammlung und des Ausschusses, von den Ständen gegen Departementschefs und andere Staatsdiener. Angriffe oder Verfehlungen gegen die Verfassung von Privatpersonen oder von Beamten außerhalb des Dienstes unterliegen der Competenz der ordentlichen Strafgerichte.

3) Die ständische Staatsschuldenzahlungskasse, verwaltet von durch die Ständeversammlung gewählten, durch die Regierung bestätigten Beamten, unter Leitung des ständischen Ausschusses und der Ständeversammlung.

Ständeversammlung und Ausschuß. Nach der erbländischen Verfassung wurden die Landschaftsdeputirten von der Stadt- und Amtsversammlung aus dem Gerichte und Rathe der Amtsstadt gewählt. Prälaten und Landschaft saßen auf verschiedenen Bänken, aber, in Einer Versammlung vereinigt, deliberirten und beschlossen sie über ihre Anbringen an den Landesfürsten. Seit 1806 hat aber Württemberg nicht blos wieder einen zahlreichen ritterschaftlichen Adel, sondern auch einen landsässigen hohen, vormals regierenden Adel, welcher nach der Bundesacte Art. 14 die privilegirteste Klasse im Staate bilden soll.

Die Zusammensetzung der Ständeversammlung ist nunmehr folgende: In der ersten Kammer sitzen die Prinzen des königlichen Hauses, sodann die eigentlichen Standesherren, welche der Kammer den Namen geben, d. h. die Häupter der fürstlichen und gräflichen Familien, auf deren Besitz vormals eine Reichs- oder (und?) Kreistagsstimme ruhte, endlich die vom König erblich oder lebenslänglich ernannten Mitglieder, deren Zahl jedoch ein Drittheil der übrigen Mit-

glieder (nicht der Versammlung) nicht übersteigen darf. Die zweite Kammer, oder Kammer der Abgeordneten, umfaßt 13 Mitglieder des ritterschaftlichen Adels, von diesem in den 4 Kreisen gewählt, 6 protestantische Generalsuperintendenten (Prälaten), den Landesbischof, einen Abgeordneten des Domkapitels und den Senior der katholischen Dekane, den Kanzler der Landesuniversität, je einen Abgeordneten der sieben guten Städte und 63 Abgeordnete der Oberamtsbezirke. Die Wahlcollegien in den Städten und Oberämtern werden gebildet zu $^2/_3$ aus den höchstbesteuerten Bürgern (Urwählern) und zu $^1/_3$ aus Wahlmännern, welche von den übrigen mit Gebäude-, Grund- oder Gewerbesteuer angelegten Bürgern gewählt sind. Staatsdiener können innerhalb des Amtsbezirkes, Kirchendiener innerhalb des Oberamtes, wo sie wohnen, nicht gewählt werden, Vater und Sohn nicht zugleich in der Ständeversammlung sitzen. Alle sechs Jahre findet eine vollständige Neuwahl zur zweiten Kammer statt. Den Vorsitzenden der ersten Kammer ernennt der König; der Vicepräsident der ersten und die beiden Präsidenten der zweiten Kammer werden aus drei von den betreffenden Kammern vorgeschlagenen Candidaten vom König ernannt. Die Sitzungen der zweiten, neuerdings auch die der ersten Kammer sind regelmäßig öffentlich.

Zu den ständischen Rechten gehört zwar nicht mehr das Recht der Initiative oder des Gesetzesvorschlages (wie nach der alten Verfassung und dem Interimsgesetze vom 1. Juli 1849), wohl aber die Einwilligung zu den von der Regierung eingebrachten Gesetzesentwürfen, ferner die Steuerverwilligung, die Controle des Staatshaushaltes, die Verwaltung der Staatsschuld, das Recht der Bitte und Beschwerde bei der Staatsregierung und die Anklage bei dem Staatsgerichtshofe. Zur Aenderung einer Verfassungsbestimmung bedarf es der Beistimmung von zwei Drittheilen der anwesenden Mitglieder; sonst genügt absolute Mehrheit. Jede Kammer kann für sich eine Petition oder Beschwerde an die Regierung richten oder eine Anklage bei dem Staatsgerichtshofe stellen; sonst bedarf es der Zustimmung beider Kammern zu einem an die Regierung zu bringenden Beschlusse, der jedoch in der Regel abgesondert gefaßt wird. Eine gemeinschaftliche Sitzung findet außer dem Acte der feierlichen Eröffnung und Schließung nur statt bei der Wahl des ständischen Ausschusses und der Beamten der Schuldenzahlungskasse. Bei der Abgabenverwilligung werden im Falle eines Dissenses der Kammern in der Endabstimmung die Stimmen durchgezählt. Kein Ständemitglied kann während des Landtages ohne Einwilligung der betreffenden Kammer verhaftet werden, außer bei Ergreifung auf frischer That.

Nach Vertagung, Verabschiedung oder Auflösung der Versammlung besteht als Stellvertreter derselben der ständische Ausschuß, zur Besorgung der zur „ununterbrochenen Wirksamkeit der Landesrepräsentation" nothwendigen Geschäfte. Insbesondre liegt demselben ob die Ueberwachung der Staatsschuldenzahlungskasse, die jährliche Prüfung der Steuerverwendung und des Etats für das

Digitized by Go

kommende Jahr, die Vorbereitung der Landtagsgeschäfte und erforderlichen Falles die Ergreifung der geeigneten Schritte bei der Staatsregierung zur Erhaltung der Landesverfassung. Der Ausschuß besteht aus den Präsidenten beider Kammern, zwei Mitgliedern der ersten und acht der zweiten Kammer. Die Hälfte (mit Einschluß der beiden Präsidenten) ist immer anwesend und wird aus der ständischen Sustentationskasse besoldet. Der weitere Ausschuß wird von den Anwesenden nach Bedürfniß berufen (der Regel nach jährlich einmal).

Staatshaushalt[64]). 1) Das Staatsökonomie- oder Finanzwesen hat durch die öffentliche ständische Controle an Solidität und Vertrauen sichtbar gewonnen. Das vormalige Rentkammergut mit Einschluß der neuen Erwerbungen an Domänen und Gefällen, soweit diese nicht zum Hofkammergut geschlagen worden, sind zum Staatsgut erklärt, mit der darauf ruhenden Verpflichtung, die Civilliste (durch Gesetz von 1820 für Lebzeiten des Königs auf 850,000 fl. festgesetzt), die hausgesetzlichen Apanagen, Sustentationen, Heurathsgüter und Wittume (worüber das Hausgesetz vom Jahr 1828) und soweit es möglich, den übrigen Staatsaufwand aus den Einkünften zu bestreiten. Verschieden von dem Staatskammergute, welches ohne Einwilligung der Stände weder vermindert noch mit Schulden oder einer bleibenden Last beschwert werden kann, ist das Hofkammergut, welches, aus dem früheren Kammerschreibereigute entsprungen, seit 1803 ansehnlich vermehrt worden ist und als Privatfideicommiß der königlichen Familie in der Verwaltung und Nutznießung des jeweiligen Königs sich befindet. Soweit der Ertrag des Kammergutes nicht reicht, wird der Staatsbedarf durch Steuern bestritten, deren Verwilligung jetzt nicht mehr wie vormals an Bedingungen geknüpft werden darf, welche die Verwendung derselben nicht unmittelbar berühren; doch ist die Verwilligung abhängig von dem Nachweise der Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Ausgaben und es ist über deren etatmäßige Verwendung sowie über die Verwaltung der Reste den Ständen Nachweis zu geben. Der von den Ständen angenommene Hauptfinanzetat ist in der Regel auf drei Jahre giltig. — Durch die Ablösung der Zehnten und Grundgefälle hat das Kammergut einen bedeutenden Ausfall erlitten. Dagegen wurden die Staatseinnahmen ansehnlich erhöht durch Erwerb der Posten und Eisenbahnen. Jene wurden, nachdem die zwangsweise Aufhebung des 1819 gegründeten Postlehens durch Gesetz vom 17. December 1849 in Folge der Intervention von Oesterreich und Preußen nicht zum Ziele geführt hatte, durch Vertrag mit dem fürstlichen Hause von Thurn und

64) Chr. Herdegen (Finanzminister), Württembergs Staatshaushalt. Stuttgart 1848. Hoffmann, das württemb. Finanzrecht 1. Bd. Tübingen 1857. Vgl. die Dissertation von Mülberger (praes. Hoffmann), das Finanzwesen von Württemberg zu Anfang des 16. Jahrhunderts, Tübingen 1840, und Hoffmann's und Moser's Einleitungen zu den Cameral- und Steuergesetzen (Gesetzsammlung Bd. 16 – 18).

Taxis (22. März 1851) zurückerkauft. Die seit 1843 mit ständischer Zustimmung gebauten Staatseisenbahnen (Privatbahnen sind bis jetzt nicht in Württemberg) bilden wie die Posten und (seit 1851) Telegraphen den Gegenstand einer eigenen Verwaltung, welche unter der Leitung des Finanzministeriums sich befindet. (Vor 1850 waren die Eisenbahnen dem Ministerium des Innern untergeordnet.) Schon früh zeigten sich gesetzliche Bestimmungen über gerichtliche Bestrafung derjenigen, welche den Transport auf den Eisenbahnen gefährden und über die Ausübung der Polizei auf Eisenbahnen nothwendig (1845). Vereinbarungen mit anderen Staaten in Betreff des Tarifes und der Beförderungsordnung auf den Posten und Telegraphen folgten [65]).

Unter den alten Regalien ist der Judenschutz, d. h. die Erhebung eines besonderen Schutz- und Schirmgeldes der Israeliten zur Staatskasse durch das Gesetz vom 25. April 1828 Art. 12 aufgehoben. Auch das Münzregal, dessen Ertrag gegenwärtig gleich Null ist (für 1856/1858 ist in Folge der Umprägungen ein Defizit von jährlichen 15,600 fl. in den Etat aufgenommen), ist kaum mehr zu den nutzbaren Regalien zu rechnen. Der Münzübereinkunft unter den südteutschen Zollvereinsstaaten (1837, 1845) ist den 30. Juni 1838 eine Münzconvention aller teutschen Zollvereinsstaaten gefolgt und am 24. Januar 1857 haben sich diese wieder mit Oesterreich und dem Fürstenthum Lichtenstein über das Münzwesen geeinigt. An die Stelle des seit 1839 eingeführten $24^1/_2$ Guldenfußes ist in Folge dieses Vertrages der $52^1/_2$ Guldenfuß als Landesmünzfuß getreten. Die besonderen Vereinbarungen von 1837 — 1845, soweit sie nicht durch den neuen, bis 1878 giltigen Vertrag geändert sind, dauern neben diesem teutsch-österreichischen Vertrage fort. Außer der Landesmünze und den Vereinsthalern, welche gleichmäßig Zwangskurs genießen, wird von den Staatskassen und Steuererhebungskassen das württembergische Staatspapiergeld, welches durch Gesetz vom 1. Juli 1849 im Betrage von 3 Millionen Gulden eingeführt worden, an Zahlungsstatt angenommen. Dieser Betrag ist als ein Theil der Staatsschuld anerkannt. (Gesetz vom 10. Mai 1850, 17. September 1855.)

Zu den alten directen Steuern aus Grundeigenthum, Gefällen, Gebäuden und Gewerben kamen 1821 weitere directe Steuern, sog. Ergänzungssteuern: aus Kapitalien, Besoldungen und Pensionen. Die Stempelabgabe von inländischen und ausländischen Zeitschriften und der Kammerkanon aus ersteren wurde 1849 aufgehoben, dagegen das Einkommen der Eigenthümer und Herausgeber von Zeitschriften und der schriftstellerische Erwerb überhaupt der Steuer unterworfen (9. Juni),

---

65) Ueber den teutsch-österreichischen Postverein und den Posttransportvertrag s. Rompe in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 18, S. 301 flg. Ueber die neuen Regalien der Eisenbahnen und Telegraphen und die darauf bezügliche Gesetzgebung Reyscher in derselben Zeitschrift Bd. 13, S. 243, Bd. 19, S. 271.

Digitized by Google

ebenso das Einkommen der ausübenden Aerzte, der Advocaten, Handlungscommis sowie der Künstler und Literaten (29. Juli 1849). Bei dem staatsbürgerlichen Wahlrechte werden indessen diese Klassen von direct Besteuerten nicht berücksichtigt. (Im Gesetze vom 1. Juli 1849 Art. 4 war dies der Fall.) Unter den indirecten Steuern nimmt der Zoll die erste Stelle ein. Als Mitglied des teutschen Zollvereins, wozu Württemberg durch seinen Zoll- und Handelsvertrag mit Bayern (1827) den ersten Anstoß gegeben, nimmt die Staatskasse Theil an dem Ertrage der Vereinszölle. Wie die Zollverträge selbst, so ist auch der veränderliche Tarif, ferner das Zollgesetz, die Zollordnung und das Zollstrafgesetz (1838) aus der Vereinbarung mit sämmtlichen Vereinsstaaten hervorgegangen. — Die Accise von den dem gerichtlichen Erkenntnisse unterliegenden Verträgen über unbewegliches Eigenthum und dingliche Rechte beträgt regelmäßig 1 Proc. des Kaufpreises oder des Werthes der denselben vertretenden Gegenleistung (18. September 1852). — Die Wirthschaftsabgaben wurden regulirt durch Gesetz vom 9. Juli 1827, welches seither manche Nachträge und Aenderungen erfahren hat, namentlich durch das der preußischen Gesetzgebung nachgebildete Gesetz vom 3. November 1855, in Betreff der Berechtigung zum Bierbrauen, Branntweinbrennen und zu Wirthschaftsgewerben. Das Umgeld oder die Wirthschaftsabgabe von Wein wird dem Wirthe dadurch ersetzt, daß ihm gestattet ist, den Wein, der nach der Eichmaaß versteuert wird, in der um $^1/_{10}$ kleineren Schenkmaaß auszuschenken. Die Abgabe von Bier wird in einer Malzsteuer erhoben, worüber das Gesetz vom 8. April 1856. Die Besteuerung des Branntweins ist in neuer Weise eingerichtet durch das Gesetz vom 19. September 1852. Die Anzeigegebühren bei Uebertretungen gegen die Steuergesetze, bestehend in einem Quotienten der Geld- oder Confiscationsstrafe, sind aufgehoben; dagegen fließen die Strafgefälle in eine Unterstützungskasse für die niederen Diener bei der Steuerverwaltung, woraus Prämien für diese Diener und Unterstützungen für sie und ihre Hinterlassenen geschöpft werden. (23. Juni 1853.) An die Stelle der früheren verschiedenen Ansätze für Amtshandlungen in Parteisachen an Taxe, Stempel, Schreibgebühr ist Eine Abgabe, Sportel genannt, getreten. Hierauf bezieht sich das allgemeine Sportelgesetz vom 23. Juli 1828, welches insbesondre die Gerichtssporteln enthält, jedoch manche Nachträge und Abänderungen erfahren hat, z. B. hinsichtlich der Notariatssporteln (1842), der Sporteln in Ehesachen, Verwaltungsjustizsachen.

Zur Untersuchung und Bestrafung von Gefährdungen der Staats- und der Köperschaftssteuern sind die Oberämter resp. das Steuercollegium competent. (Gesetz v. 15. Juni 1853. Verfügung v. 26. August dess. J.) Verfehlungen gegen die Finanz- und Forstgesetze, für welche die Strafgewalt der Finanzbehörden nicht ausreicht, sind von den Bezirksgerichten und in den die Competenz der letzteren übersteigenden

Fällen von den Gerichtshöfen zu bestrafen. (Gesetz vom 1. März und 2. October 1839.)

Gemeinden und Amtskörperschaften. „Die Gemeinden sind die Grundlage des Staatsvereins. Jeder Staatsbürger muß daher, wofern nicht gesetzlich eine Ausnahme besteht, einer Gemeinde als Bürger oder Beisitzer angehören." Dieser Grundsatz der Verfassung (§. 62) ist jetzt strenge durchgeführt: das Bürgerrechtsgesetz von 1828, revidirt den 4. December 1833, und das Gesetz vom 18. Juni 1849 hoben nicht blos die meisten bisherigen persönlichen Exemtionen von dem Gemeindeverbande auf, sondern durch das letztere Gesetz wurde auch der bisherige exemte Grundbesitz des Staates, des Königs, der standesherrlichen und ritterschaftlichen Familien und andere bisher von dem Gemeinde- und Amtsschaden befreit gebliebene Grundstücke dem Gemeinde- und dem Amtskörperschaftsverbande einverleibt. Auch auf die Waldungen und „Wüsteneien", wegen welcher die teutschen Grundrechte eine Ausnahme vorbehalten hatten, wurde das Gesetz ausgedehnt. Neue, bleibende Befreiungen dürfen nicht mehr eingeführt werden. Ueber die Besteuerung des Einkommens durch die Gemeinden s. Gesetz v. 18. Juni 1853. Der Realverband, welcher früher in vielen Orten galt[66]), indem das volle Bürgerrecht, insbesondre der Almandgenuß von dem Besitze gewisser altberechtigter Güter oder Wohnungen abhing, besteht nicht mehr; doch sind die hergebrachten Nutzungsrechte (Realgemeinderechte), wofern sie eine privatrechtliche Natur angenommen haben, vorbehalten. Durch das Gesetz vom 6. Juli 1849 wurden die Gemeindewahl- und Wählbarkeitsrechte, welche seit 1812 auch den Beisitzern zukamen (nach dem Gesetze von 1849 findet keine neue Aufnahme in das Beisitzrecht mehr statt), sogar auf bloße Einwohner erstreckt, wofern diese württembergische Staatsbürger sind und drei Jahre hindurch außer der Wohnsteuer eine directe Steuer aus Grundstücken, Gebäuden, Gewerben, Kapitalien oder Einkommen zur Gemeinde entrichtet haben oder, wäre sie gefordert worden, zu entrichten gehabt hätten. Ein Unterschied zwischen Stadt- und Dorfgemeinden besteht in Bezug auf die communalen und staatsbürgerlichen Rechte nicht mehr; ebensowenig in Beziehung auf die Ausübung von Gewerben (die sog. Rechte der bürgerlichen Nahrung), worüber die revidirte Gewerbeordnung von 1836. Die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden ist jetzt hauptsächlich normirt durch die Verfassungsurkunde §. 62—69, das Verwaltungsedict für die Gemeinden, Oberämter und Stiftungen von 1822 und die bereits angeführten Gesetze von 1833 und 1849. Durch das Gesetz vom 5. Mai 1852 wurde die Verehelichung und Uebersiedelung an

66) S. das Gutachten der herzogl. Regierung, die künftige Behandlung der Gemeindenutzungen betr. v. 23. März 1797, in den württemb. Jahrbüchern von 1844 S. 313. Ueber den Unterschied zwischen Groß- und Kleinbegüterten s. den Rechtsfall in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 16, S. 428.

Digitized by Google

strengere Bedingungen geknüpft. Eine Ausnahme von der regelmäßigen Selbstverwaltung der Gemeinden macht das Gesetz vom 24. Januar 1855 bei sog. verwahrlosten Gemeinden, welche wegen ökonomischen und sittlichen Zerfalles nicht im Stande sind, ihren Aufwand ohne Staatsunterstützung zu bestreiten; hier gehen die Befugnisse des Ortsvorstehers auf einen von der Regierung zu ernennenden Beamten mit vermehrter Strafgewalt über.

Die zu einem Oberamte vereinigten Gemeinden bilden die Amtskörperschaft, welche vertreten ist durch die Amtsversammlung, bestehend aus 20—30 Abgeordneten der Oberamtsstadt und der anderen Amtsorte (worunter die Ortsvorsteher) unter dem Vorsitze des Oberamtmanns. Zur Bestreitung der gemeinsamen körperschaftlichen Bedürfnisse, namentlich des Baues und der Unterhaltung der Oberamtsstraßen (im Gegensatze zu Staatsstraßen und Gemeindewegen) besteht eine eigene Kasse, wozu die Amtsorte contribuiren, verwaltet von einem Amtspfleger, welcher zugleich die directen Staatssteuern von den Gemeinden einzubringen und an die Staatshauptkasse abzuliefern hat. Die Vorsteher der Gemeinden und Amtskörperschaften sind ebenso wie die Staatsdiener auf Wahrung der Verfassung und der dadurch begründeten corporativen Rechte verpflichtet.

Kirchenrecht.

Das Verhältniß der Kirchen zum Staate ist durch das sechste Kapitel der Verfassung in den Hauptgrundsätzen bestimmt. Die schon in dem Religionsedicte von 1806 ausgesprochene staatsrechtliche Gleichstellung der drei recipirten Bekenntnisse (der evangelisch-lutherischen, der reformirten und der katholischen Kirche) ist ausnahmslos anerkannt. Ebenso das landesherrliche Kirchenregiment in der evangelischen Kirche, welches durch Consistorium und Synodus nach verfassungsmäßigen Gesetzen ausgeübt werden soll. Für den Fall, daß der König einem anderen als dem evangelischen Bekenntnisse zugethan wäre, sind wieder die Religionsreversalien von 1733 für giltig erklärt: die landesherrlichen „Episcopalrechte" werden demnach durch den Geheimrath ausgeübt (der aber jetzt auch Katholiken enthält). Die gesonderte Verwaltung des altwürttembergischen Kirchengutes ist zugesichert, bis jetzt aber nicht zu Stande gekommen. Die wenigen reformirten Gemeinden des Landes wurden 1806 dem evangelischen Consistorium untergeordnet. In Folge von Unterhandlungen königlicher Commissäre mit einer reformirten Synode im Jahre 1823 fand auch eine Vereinigung der Reformirten und Lutherischen in den meisten gemischten Gemeinden statt, aber eine förmliche Union zwischen beiden Kirchen ist nicht erfolgt. Eine genaue Kenntniß der Gesetze der evangelischen Kirche Württembergs und ihrer Verfassung ist jetzt ermöglicht durch Band IX und X der schon angeführten Gesetzsammlung und die beigefügte geschichtliche Einleitung von Eisenlohr. Ferner durch Gaupp, das bestehende Recht der

Digitized by Google

evangelischen Kirche in Württemberg. 2 Bde. Stuttgart 1830—1832. Hauber, Recht und Brauch der evangelischen Kirche in Württemberg.

Auch der katholischen Kirche wurde die Ausscheidung eines gemeinen Kirchengutes zugesagt; sie erhielt auch im Jahre 1828 zugleich mit Einführung der päbstlichen Bullen von 1821 und 1827 über die Errichtung des Erzbisthums Freiburg und der bischoflichen Kirche zu Rottenburg a. N. eine Bisthumsdotation. Im übrigen sind die Rechtsverhältnisse des Bisthums und Kapitels theils in der Bulle von 1827, theils in der kgl. Verordnung vom 30. Januar 1830, übereinstimmend mit den anderen Theilen der oberrheinischen Kirchenprovinz geregelt. Die in der evangelischen Kirche seit 1642 eingeführte Mitwirkung der Gemeinde bei der Kirchen-, Schul- und Sittenpolizei in dem Kirchenconvente, desgleichen bei Verwaltung der milden Stiftungen in dem Stiftungsrathe ward 1817 und 1818 auf die katholischen Gemeinden ausgedehnt. Mit besonderer Sorgfalt wurde für die Bildung des jungen katholischen Klerus und die Ordnung des Pfründewesens gesorgt. Diese und die große Anzahl anderer Vorschriften, welche meist von dem 1806 eingesetzten geistlichen Rathe (katholischen Kirchenrathe) ausgingen, finden sich nebst geschichtlicher Einleitung von Professor Lang in Bd. X der schon angeführten württembergischen Gesetzsammlung. Indessen hat das 1857 von der Regierung abgeschlossene, und verkündigte Concordat bereits manche Neuerungen nach sich gezogen, die jedoch wie das Concordat selbst als theilweise mit der Verfassung und Gesetzgebung im Widerspruche, noch nicht feststehen [67]).

Auch von dem sog. evangelischen Synodus, einem durch die Generalsuperintendenten (Prälaten) verstärkten Consistorium, sind aus Anlaß des Concordats Vorschläge zur Verbesserung der anerkannt mangelhaften protestantischen Kirchenverfassung eingereicht worden, die aber noch keine Entschließung herbeigeführt haben.

Eigenthümlich sind die Rechtsverhältnisse der von der evangelisch-lutherischen Kirche ausgetretenen Gemeinden Kornthal und Wilhelmsdorf. So z. B. findet ein Zwangsrecht zur Aufnahme Auswärtiger nicht statt, kein Gemeindeglied darf sich ohne Vorwissen der geistlichen und weltlichen Gemeindevorsteher mit einer auswärtigen Person verloben oder ohne Billigung des weltlichen Vorstehers Geld aufnehmen; wer das Glaubensbekenntniß der Gemeinde nicht theilt oder sich in ihre eigenthümliche Ordnung nicht fügt, wird ausgewiesen. — Die Stellung anderer Dissentirenden ist noch nicht gesetzlich geregelt. Einerseits sind zwar die alten strengen Verordnungen gegen die Sepa-

---

67) Warnkönig in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 17, S. 321 flg. Reyscher, das österreich. und württemberg. Concordat nebst separaten Zugeständnissen. 2. Aufl. Tübingen 1858. Auch in dem soeben (Februar 1860) ausgegebenen Berichte der Commission der Kammer der Abgeordneten sind von der Mehrheit (Ref. Probst) wie von der Minderheit (Sarwey) verschiedene Anstände erhoben worden.

Digitized by Google

ratisten längst nicht mehr in Uebung; andererseits haften aber auf dem Bekenntnisse einer anderen Religion als der drei christlichen Bekenntnisse noch immer gewisse gesetzliche Benachtheiligungen (z. B. Ausschluß vom staatsbürgerlichen Wahlrechte), welche mit Aufhebung der Grundrechte wieder hergestellt sind.

Privatrecht.

Das Privatrecht hat noch immer seine Hauptquelle im Landrechte von 1610, wovon der erste Theil den bürgerlichen Proceß, die drei folgenden das bürgerliche Recht betreffen[68]). Zu bemerken sind hierbei die Commentare von Griesinger, 10 Bde., Frankf. u. Leipzig 1703—1808 und Reinhardt, 4 Bde., Stuttgart 1820—1825, wovon der letzte den Civilproceß enthält. Ein Revision des Landrechtes ward zwar in dem letzten Jahrhundert noch öfter projectirt, aber nicht mehr ausgeführt. Man zog es vor, einzelne Partien des Privatrechtes zu bearbeiten. So erschien im vorigen Jahrhunderte eine Wechselordnung (1759), wodurch wider Willen der Landschaft die Wechselstrenge in Württemberg eingeführt wurde; diese ist jetzt der gemeinen teutschen Wechselordnung vom Jahre 1848 gewichen, welche ohne Aenderung in Württemberg eingeführt wurde. (Gesetz vom 6. Mai 1849.) Durch das Pfandgesetz vom Jahre 1825 in 260 Artikeln und das gleichzeitige Prioritätsgesetz wurde das Unterpfandwesen und die Concursordnung gänzlich umgestaltet[69]). Auch hat sich die Beseitigung der geheimen und generellen Pfandrechte nach dem Vorgange Preußens und Bayerns bewährt. Doch zeigten sich bald Ergänzungen und weitere Aenderungen des gemeinen Rechtes auch außerhalb des Pfandwesens nöthig. Diese wurden getroffen im Gesetze vom 21. Mai 1828, das unter anderem den Vollejanischen Rathsschluß und die Auth. si qua mulier (worauf bisher die Frauen in Pfandbriefen verzichteten) und andererseits die teutsche Geschlechtsvormundschaft aufhob. Ein späterer Antrag der Stände zur Befestigung des Privatcredits hatte noch mehrere Verbesserungen im Executions- und Pfandwesen zur Folge (Gesetz vom 13. November 1855), wiewohl dadurch noch nicht allen Mängeln, namentlich rücksichtlich der Gütertaxation begegnet ist. Die Ehe- und Ehegerichtsordnung von 1687, welche schon durch die Ausdehnung der Dispensation bei Ehehindernissen in Folge von Verwandtschaft und Schwägerschaft (24. März 1798), sodann durch Gestattung der Scheidung bei zehnjähriger Zuchthaus- oder Festungsstrafe des anderen Gatten (14. September 1812) principiell nicht unwichtige

---

68) Ein 5. Theil sollte eine Criminalordnung enthalten, der Entwurf vom J. 1609 liegt im Staatsarchive. Die Vorarbeiten zum Landrechte (Entwürfe, Relationen) sind soeben herausgegeben von Faber und Schloßberger, mit Vorrede von C. G. v. Wächter, Stuttgart 1859.

69) Das Gesetz wurde sogleich mehrfach gründlich erläutert (s. die Commentare von Seeger, Mayer, Hufnagel und Bolley).

Digitized by Google

Modificationen erhalten hatte, erlitt wesentliche Veränderungen durch das Gesetz vom 1. Mai 1855, welches die bürgerliche Trauung (Nothcivilehe) für gemischte Ehen und andere bürgerlich zulässige Ehen einführt, wo ein zuständiger Geistlicher nicht vorhanden oder nicht zu haben ist[70]). — Die Verhältnisse von Grund und Boden erhielten eine wesentliche Umgestaltung durch die Ablösung der bäuerlichen Grundlasten und die Aufhebung des bäuerlichen Lehenverbandes, womit schon 1817 begonnen, 1836 fortgefahren (hier wurden die Frohnen und Beeden abgelöst) und in den Jahren 1848 und 1849 abgeschlossen wurde. Auch der Zehnte, das Jagdrecht auf fremdem Boden und die Bannrechte wurden beseitigt. Andererseits wurden gegen die bei Liegenschaftsveräußerungen, insbesondre bei Zerstückelung von Bauergütern, vorkommenden Mißbräuche Schranken gezogen. (Gesetz vom 23. Juni 1853.) Auch wurden die alten Vorschriften gegen Zerstückelung bei Theilungen in Erinnerung gebracht (4. Juni 1852). Ein Entwurf zur Beseitigung des Lehenverbandes bei standesherrlichen und ritterschaftlichen Lehen ist zwar bei den Ständen eingebracht, seine Berathung aber ausgesetzt, weil das als Maßstab benutzte Gesetz über Ablösung des Lehen- und Grundherrlichkeitsverbandes vom 14. April 1848 selbst wieder von den Standesherren bei dem Bunde angefochten ist. Gleichfalls steht noch in Aussicht ein Gesetz über die Ablösung der Holz- und Weidegerechtigkeiten und ein Landesculturgesetz. Ein früher im Auftrage der Regierung gefertigter Entwurf eines Gesetzes in Betreff der Verträge über Erbschaften und der Eheverträge (Stuttgart 1840) scheint bei Seite gelegt zu sein. Ebenso verschiedene Entwürfe von Bolley, denselben Gegenstand und das Hypothekenwesen betreffend (Stuttgart 1835). Noch ist zu erwähnen das Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. September 1839[71]) und das nach dem Vorgange einiger auswärtiger Staaten erlassene Gesetz zur Abkürzung der Verjährungsfristen für gewisse Forderungen v. 6. Mai 1852[72]). — Die Gerichtspraxis ist immer noch vielfach schwankend[73]) und daher das Verlangen nach einem umfassenden, womöglich einheitlichen teutschen Gesetzbuche sehr erklärlich.

Eine systematische Bearbeitung des einheimischen württembergischen Privatrechtes hat zuerst unternommen Weishaar, Handbuch des württemberg. Privatrechtes. 3. Ausg. Stuttgart 1831—1833. 3 Bde. Das einheimische Privatrecht, unter Anknüpfung an das ge-

---

70) Vgl. Handbuch der württemb. Ehegesetze nach protest. und kath. Recht von Süskind und Werner 2. Abth.

71) Handausgabe mit den Motiven und Verhandlungen von Knapp 1840. Erläuterungen von C. G. Wächter im Archiv f. civil. Praxis Bd. 23, S. 37 flg.

72) Handausgabe mit Erläuterungen von Lammfromm, Stuttg. 1855.

73) Merkwürdige Rechtsfälle sind gesammelt in den älteren Consilia Tubingensia, ferner von Kapff, Hufnagel, Tafel, Steuffer und in den schon angeführten Zeitschriften.

Digitized by Go

meine Recht, ward dargestellt von Reyscher, 1. Bd. 1. Aufl. 1837. 2. Aufl. 1846—1848 in 3 Bänden. Das in Württemberg geltende Privatrecht von C. G. Wächter, bis jetzt 2 Bände, Stuttgart 1839—1851, die Einleitung und den allgemeinen Theil enthaltend. Der erste Band erschien auch abgesondert unter dem Titel: Geschichte, Quellen und Literatur des württemberg. Privatrechtes, Stuttgart 1839 und 1842 in 2 Abtheilungen.

Strafrecht.

Das Strafrecht Württembergs gründete sich lange Zeit nur auf die peinliche Halsgerichtsordnung Karl's V. (Carolina) von 1532, worauf die Gerichte des Landes 1551 von Herzog Christoph hingewiesen worden, und auf einzelne Strafbestimmungen, insbesondre in der Landesordnung, dem Duelledict von 1714[74]). Durch die Praxis wurde die Härte der alten Strafen vielfach gemildert und durch die Wissenschaft eine neue Strafgesetzgebung vorbereitet. Das Strafedict vom 17. Juli 1824 ist in seinen Bestimmungen über Strafgattungen und Strafanstalten[75]) die Grundlage einer solchen neuen umfassenden Festsetzung geworden, welche wir in dem Strafgesetzbuche vom 1. März 1839 (Commentar von Hufnagel) erhalten haben. Durch das Gesetz vom 13. August 1849 erhielten einzelne Artikel Zusätze oder Abänderungen[76]). Insbesondre wurden darin die Todesstrafe und die körperliche Züchtigung abgeschafft, welche beide jedoch bald für drei Fälle (Angriff gegen die Person des Staatsoberhauptes, körperliche Mißhandlung desselben, Mord) wiederhergestellt wurden (17. Juni 1853). Nähere Bestimmungen über den in beschränktem Raume stattfindenden Vollzug der Todesstrafe mittelst des Fallbeiles ertheilte die Verordnung vom 1. Oct. dess. J. Ein summarisches Auskunftsmittel gegen die vergleichungsweise Härte des Strafgesetzbuches wurde in dem Gesetze vom 14. April 1855 darin getroffen, daß das Maaß der zeitlichen Zuchthausstrafe durchweg mit wenigen Ausnahmen um ein Fünftheil, die Arbeitshausstrafe um ein Drittheil unter dem festgesetzten Betrage gegriffen werden solle. — Dem Strafgesetzbuche schloß sich ferner an das Polizeistrafgesetz vom 2. October 1839 (erläutert von Knapp, Stuttgart 1840), welches eine Anzahl gemeiner Verbrechen, wie Diebstahl und Betrug im Betrage von 5 Gulden und darunter, Concubinat in den Kreis der Polizeivergehen zieht, auch mehrfach in das Gebiet des Privatrechtes eingreift, namentlich durch Bestimmung des höchsten Zinsfußes auf 6 Procent, während die wechselfähigen Personen auch hieran nicht ge-

74) Hofacker, kurze Geschichte der Criminalgesetzgebung und Criminalrechtspflege in seinen Jahrbüchern Bd. 2, S. 1 flg.

75) Handausgabe mit Berücksichtigung dieser Aenderungen von Kappler, Stuttgart 1850.

76) Vgl. C. G. Wächter, die Strafarten und Strafanstalten des Königreichs Württemberg. Tübingen 1832.

Digitized by Google

bunden sind[77]), durch Aufhebung des Verbotes des Ankaufes von Früchten vor der Ernte und der Cession von Forderungen ohne gerichtliche Insinuation. Noch weiter wurde die polizeiliche Strafgewalt ausgedehnt durch das Gesetz vom 24. Januar 1855. Hiernach kann das Bezirksamt bei einzelnen Vergehen auf vierwöchiges Gefängniß nebst zulässigen Schärfungen, ferner auf 60 fl. Geldstrafe, körperliche Züchtigung und selbst auf Ortsbegrenzung erkennen. Ueber die Versetzung eines arbeitsscheuen Confinirten in eine polizeiliche Beschäftigungsanstalt hat die Kreisregierung zu entscheiden, nach Ministerialverfügung vom 29. Juli 1845. Endlich ist zu erwähnen das Gesetz, betreffend das Verfahren bei dem Aufgebot der bewaffneten Macht gegen Zusammenrottungen und Aufruhr und die Haftverbindlichkeit der Gemeinden für in Folge hiervon entstandenem Schaden vom 28. August 1849 (hierdurch ist eine Art Gesammtbürgschaft eingeführt).

Rechtspflege.

Gerichte. Die Rechtspflege wird durch collegialisch gebildete, in ihrem Berufe unabhängige Gerichte in gesetzlicher Instanzenfolge ausgeübt, insbesondre

1) durch den Gemeinderath des Ortes: in geringfügigen Sachen (Streitigkeiten über Rechte bis zum Betrage von 15, 20 und 30 Gulden je nach der Bevölkerungsklasse der Gemeinden), in Untergangssachen (einfachen Streitigkeiten über nachbarliche Verhältnisse im Ort und im Felde) und in Compromißsachen. Sodann hat der Ortsvorsteher (Schultheiß) eine Strafgewalt bei geringeren Injurien, Waldexcessen in den Gemeindewaldungen und Polizeisachen je nach der Klasse der Gemeinde auf 6 — 12 Gulden Geldstrafe oder 2 — 4 Tage Gefängniß.

2) Durch das Oberamtsgericht bestehend aus einem Oberamtsrichter in Stuttgart (Stadtrichter), einem oder mehreren Gerichtsactuaren, die zugleich Sitz und Stimme im Collegium haben, und zwölf stimmberechtigten Beisitzern, wovon aber nur zwei, beziehentlich drei zugleich anwesend sein müssen. Das Oberamtsgericht bildet in Sachen, welche zunächst vor den Gemeinderath gehören, die zweite Instanz und die Aufsichtsbehörde; in allen anderen streitigen Sachen bildet es die erste Instanz. Auch die früher befreiten Gerichtsstände wurden durch Gesetz vom 17. August 1849 aufgehoben, mit alleiniger Ausnahme des Staatsoberhauptes und der Mitglieder des königlichen Hauses, welche in Civilstreitigkeiten ihren Gerichtsstand vor dem kgl. Obertribunal haben. Die Patrimonialgerichtsbarkeit ist durch Gesetz vom 4. Juli 1849 ohne Entschädigung aufgehoben[77a]). Die Zustän-

77) Da nach der allg. Wechselordnung jetzt allgemeine Wechselfähigkeit besteht, so ist die Schranke überhaupt weggefallen.

77a) Ein pecuniärer Schaden war auch gar nicht vorhanden; denn die Ausgaben für Besoldungen u. s. w. überstiegen weit die Sporteln.

Digitized by Google

digkeit der Oberamtsgerichte (in Stuttgart des Criminalgerichtes) in Strafsachen ist bestimmt durch die Strafproceßordnung vom 22. Juni 1843, Art. 9 flg. Hiernach ist das Oberamtsgericht die Untersuchungsbehörde für alle gerichtlich zu bestrafenden Gesetzesübertretungen und außerdem die Strafbehörde für eine große Anzahl von Verbrechen und Vergehen geringerer Art, ausgenommen wider die Mitglieder des königlichen Hauses, für welche eintretenden Falls vom König der Familienrath unter Beiziehung der beiden Vorstände des Obertribunals als Gerichtshof errichtet wird, und die activen Militärpersonen, für welche die militärische Strafgerichtsbarkeit als Regel beibehalten ist. Bei der Untersuchung gegen die in Strafanstalten verwahrten Personen vertritt der Vorsteher der Strafanstalt die Stelle des Oberamtsrichters.

3) Durch die vier Kreisgerichtshöfe in Verbindung mit den Schwurgerichtshöfen. Die Kreisgerichtshöfe bestehen je aus einem Civil-, einem Criminal-, einem ehegerichtlichen und einem Pupillensenate. Der Civilsenat bildet die Appellationsinstanz für die Sachen, welche in erster Instanz vor den Oberamtsgerichten entschieden sind. Der Criminalsenat ist a) die Recursbehörde bei oberamtsgerichtlichen Straferkenntnissen, b) Anklagekammer bei schweren Straffällen, welche jetzt vor den Schwurgerichtshöfen verhandelt werden, c) ordentliche Entscheidungsbehörde für diejenigen gerichtlichen Straffälle, bei welchen weder das Oberamtsgericht noch der Schwurgerichtshof zuständig sind. Ueber die Zuständigkeit der Schwurgerichtshöfe s. das Gesetz über das Verfahren in Strafsachen, welche vor die Schwurgerichtshöfe gehören vom 14. August 1849. Der ehegerichtliche Senat entscheidet über Ehestreitigkeiten von Protestanten. Der Pupillensenat endlich ist für jetzt noch die Vormundschafts- und Theilungsbehörde für die standesherrlichen und ritterschaftlichen Familien. Außerdem übt er die Oberaufsicht in den Vormundschaftssachen des Kreises.

4) Durch das kgl. Obertribunal und den Cassationshof. Auch das Obertribunal zerfällt in vier Senate: Der Civilsenat ist Oberappellationsinstanz in bürgerlichen Streitigkeiten und erste Instanz in Klagen gegen Mitglieder des kgl. Hauses. Der Criminalsenat ist Recursinstanz in Straffällen, worüber die Gerichtshöfe erkannt haben. Der ehegerichtliche Senat bildet das protestantische Ehegericht für die Einwohner der Stadt Stuttgart und das Militär, der Pupillensenat die Vormundschaftsbehörde für die Angehörigen des kgl. Hauses und die oberste Aufsichtsbehörde in Pupillensachen überhaupt.

Streitverfahren. Das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen vor der Ortsobrigkeit und den Bezirksgerichten ist hauptsächlich bestimmt durch das vierte Edict vom 31. December 1818 und die Novelle vom 15. September 1822; das Verfahren bei den höheren Gerichten durch die provisorische Verordnung vom 22. September 1819. Der erste Theil des Landrechtes, welcher vom bürgerlichen Proceß handelt, und die Hofgerichtsordnung sind vielfach antiquirt. Die amtliche Hilfs-

Digitized by Google

vollstreckung in Vollziehung gerichtlicher Urtheile und die Behandlung nicht streitiger Schuldsachen sind geregelt durch das Executionsgesetz vom 15. April 1825, welches theilweise wieder abgeändert ist durch das Gesetz vom 13. November 1855. Eine Darstellung des württembergischen Civilproceßrechtes enthält folgende Schrift: Das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen vor den württembergischen Gerichten in Zusätzen zu Bayer's Vorträgen über den gem. ord. Civilproceß von Berner, nach dessen Tode ergänzt und herausgegeben von Obertribunalrath Schäfer, Stuttgart 1858. Vgl. Scheuerlen (weiland Professor in Tübingen) der teutsche gemeine und württembergische Civilproceß, 1. Band, Tübingen 1836 (blieb unvollendet). Der nach dem Vorbilde der badischen Proceßordnung angelegte Entwurf einer bürgerlichen Proceßordnung für das Königreich Württemberg (von Harpprecht), Stuttgart 1848, kam nicht zur Berathung und so haben wir in Württemberg noch immer ein buntes Gemisch alter und neuer gemeiner und particulärer Proceßregeln. Nur in den unteren Instanzen ist Mündlichkeit, indem im Gemeinderath der Rathschreiber, im Oberamtsgericht der Richter selbst die Verhandlungen protocollirt; doch tritt nach Gutdünken des Oberamtsrichters oder des Actuars (wenn dieser die Civilsachen besorgt) häufig ein schriftliches Verfahren an die Stelle. Oeffentlichkeit besteht bis jetzt gar nicht in Civilsachen.

Noch weniger geordnet ist die sog. Administrativjustiz, welche von den Administrativbehörden in den sog. administrativ-contentiösen Sachen ausgeübt wird. Die Verfassung läßt den Weg zum Richter offen bei jedem Eingriff in die Privatrechtssphäre, auch wenn dieser von der Staatsbehörde ausgeht[78]). Die Finanzverwaltung (fiscus) hat in Privatrechtsstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten Recht zu geben und zu nehmen[79]). Indessen haben diese Grundsätze in der Anwendung mannichfache Einschränkungen erfahren: Besoldungen und Pensionen öffentlicher Diener sollen nicht auf dem Civilwege gegen die Staatskasse geltend gemacht werden. Die Vertretung der dem Kirchengute (derzeit Staatsgut) einverleibten Pfarreien vor den Gerichten übernimmt die Finanzverwaltung und wo diese, was der gewöhnliche Fall, selbst der streitende Theil ist, wird der betreffenden Stelle oder Gemeinde nicht gestattet, an die Gerichte zu gehen, sondern das Ministerium des Kirchen- und Schulwesens hat sich

78) Die Verfassungsurkunde §. 95 sagt: „Keinem Bürger, der sich durch einen Act der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden."

79) Verfassungsurkunde §. 94: Ob die römischen privilegia fisci Anwendung finden, ist bestritten. Die Meisten, z. B. Mohl, württemb. Staatsrecht 2. Aufl. §. 276. C. G. Wächter, das in Württemberg geltende Privatrecht Bd. 2, S. 68 behaupten die allgemeine Aufnahme des römischen Rechtes auch in dieser Beziehung. Reyscher, württemb. Privatrecht §. 777 nimmt nur einzelne Vorrechte als recipirt an.

Digitized by Google

darüber mit dem Finanzministerium zu vernehmen und, wenn eine Verständigung zwischen diesen nicht stattfindet, so hat das erstere Ministerium die Sache dem König zur Entscheidung vorzulegen[80]). Da Competenzstreitigkeiten zwischen den Justiz- und Verwaltungsbehörden in Württemberg auf Grund gutachtlicher Ansicht des Geheimerathes von dem König entschieden werden, so kann leicht ein positiver oder negativer Conflict, auch gegen die Ansicht des höchsten Gerichtes, seine Lösung erhalten, ohne daß Garantieen für eine richtige Lösung durch die Niedersetzung eines unabhängigen Competenzhofes gegeben wären. Ueber das formelle Verfahren vor den Administrativbehörden haben wir bis jetzt nur das Gesetz vom 13. November 1855, betreffend die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen des Departements des Innern. Hiernach sind Gegenstand der administrativen Entscheidung überhaupt „Streitigkeiten über Ansprüche, die sich auf das öffentliche Recht gründen, sei es, daß der Streit zwischen Privaten und Körperschaften unter sich oder gegenüber von dem Staate als Inhaber von Vermögensrechten entstanden ist." Der Streit über die Grenze zwischen Verwaltung und Justiz wird auch hierdurch nicht gelöst: denn bekanntlich giebt es manche Privatrechte, die mit dem öffentlichen Rechte zusammenhängen und andererseits sind durch die Gesetzgebung einzelne rein privatrechtliche Streitigkeiten der Entscheidung der Verwaltungsbehörden übertragen, z. B. Streitigkeiten über Entschädigungsansprüche an die allgemeine Brandversicherungskasse wegen erlittenen Brandschadens (Gesetz vom 14. März 1853), über die Anwendbarkeit der Zwangsablösung verschiedener Grundlasten (14. April 1848). Auf Streitigkeiten in anderen Departements als dem der Finanzen und auf Beschwerdesachen, bei welchen der Staat als öffentliche Gewalt betheiligt ist, findet das Gesetz vom 13. November 1855 keine Anwendung. Bei letzteren findet ein formelles Verfahren nicht statt. Dagegen enthält die Verfassung §. 36—38 mehrere schützende Bestimmungen: Jeder hat das Recht, über gesetz- oder ordnungswidriges Verfahren einer Staatsbehörde oder über Verzögerung bei der unmittelbar vorgesetzten Stelle schriftliche Beschwerde zu erheben. Wird er auch von der höchsten Behörde abgewiesen (die Gründe sind anzugeben), so kann er noch die Ständeversammlung um Verwendung bitten.

Strafverfahren. Das Verfahren in gerichtlichen Strafsachen war früher geregelt durch die Criminalordnung von 1732, die Instruction für den ersten Senat des Justizcollegiums von 1806, die Instruction für die Criminalräthe von 1811, das vierte Edict von 1818. Jetzt entscheidet die Strafproceßordnung vom 22. Juni 1843, welche sich fast durchaus an die bis dahin geltenden Grundsätze des Untersuchungsverfahrens anschließt, indem die Staatsregierung damals von der Ueberzeugung ausging, daß die mehr scheinbaren als wirklichen Vor-

80) Ministerialerlaß v. 17. Juli 1826.

Digitized by Google

theile des mündlichen Verfahrens von den Nachtheilen weit überwogen werden, welche diese Procedur unvermeidlich in ihrem Gefolge habe, daß bei dieser Proceßform auf das Bekenntniß des Angeschuldigten wenig zu rechnen sei, daß die unmittelbare Anschauung, die der erkennende Richter von den Beweismitteln gewinne, demselben die Lösung der Aufgabe, Trug von Wahrheit zu unterscheiden, eher zu erschweren als zu erleichtern geeignet sei [81]). Nur in schweren Straffällen, d. h. bei Verbrechen, welche mit fünf- oder mehrjähriger Zwangsarbeit im Zuchthaus oder einer höheren Strafe zu ahnen sind, sollte eine öffentliche Schlußverhandlung, jedoch blos zum Vortrage der Anklageacte und der Vertheidigung, nicht auch zur Führung oder Reassumirung des Beweises stattfinden [82]). Inzwischen wurde bald nach dem Eintritt des Märzministeriums ein mündliches und öffentliches Anklageverfahren in Preßproceßsachen eingeführt durch kgl. Verordnung vom 25. Juli 1848. Sodann wurde für eine Reihe politischer und gemeiner Verbrechen ein mündlich-öffentliches Anklageverfahren vor Schwurgerichten eingeführt und das Verfahren vor diesen näher bestimmt durch das Gesetz vom 14. August 1849. [82a]). Zugleich wurden durch ein besonderes Gesetz vom 13. desselben Monats einzelne Bestimmungen der Strafproceßordnung wie des Strafgesetzbuches abgeändert, auch für das Verfahren vor den Bezirksgerichten in Preßproceßfällen neue Vorschriften gegeben. Im übrigen ist die Strafproceßordnung, welche 1843 nur versuchsweise „bis zur weiteren Verabschiedung nach sechsjähriger Wirksamkeit" eingeführt worden, bis jetzt in Geltung geblieben und analog, wiewohl ohne gesetzliche Sanction, auch auf das militärgerichtliche Strafverfahren zur Anwendung gekommen (Corpsbefehl vom 28. November 1846). Die Strafproceßordnung und das Schwurgerichtsgesetz sind mit den sie ergänzenden Gesetzen, Verordnungen und Präjudicien zusammengestellt unter dem Titel: Die Strafrechtspflege des Königreichs Württemberg von Stek und Lebret, Stuttgart 1854, 1857. 2 Bände.

Das Verfahren vor dem Staatsgerichtshof ist nicht gesetzlich bestimmt; doch hat sich derselbe bei dem einzigen Zusammentritt, der bis jetzt stattgefunden, gewisse Regeln construirt und zur Anwendung gebracht, welche auf die Grundsätze des öffentlich-mündlichen Anklageverfahrens gebaut sind, von denen der Referent annahm, daß sie bald die herrschenden werden würden [83]).

---

81) Gründe gegen diese Bedenken, welche seither durch die Erfahrung in schwurgerichtlichen Fällen nicht bestätigt worden, wurden bei der Berathung des Gesetzes in der Kammer der Abgeordneten erfolglos vorgebracht. S. auch Zeitschrift für teutsches Recht Bd. VI, S. 346 flg.

82) Ueber die Geschichte des württemberg. Criminalprocesses s. Hofacker in seinen Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 1, S. 1. Bd. 2, S. 1.

82a) Commentirt durch Holzinger, die Schwurgerichte in Württemberg. Stuttgart 1849.

83) Verhandlungen des Staatsgerichtshofes des Königreichs Württemberg

Digitized by Google

Rechtsfürsorge. Die Handlungen der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit und die gerichtliche Mitwirkung in Vormundschafts-, Pfand- und Erbschaftssachen sind theilweise schon durch das Landrecht (1610) und die Landesordnung (1621), die Titularraths-ordnung (1610, 1781), die Communordnung (1758) und den Staat für Vormünder (1776) geregelt. Manches beruhte auch blos auf der Praxis der „Schreibstuben". Dazu kamen dann einzelne neuere Gesetze, insbesondre die Generalrescripte vom 19. Juni 1808 und 20. März 1809, die Verordnungen vom 20. August und 10. September 1817 (zur Vereinfachung des Schreibereiwesens), das Pfandgesetz vom 15. April 1825, das Gesetz über das Notariatwesen vom 14. Juni 1843.[84]). In der Ministerialverfügung vom 26. Juni 1843 sind die Vorschriften für die Pfleger zusammengestellt (revidirter Staat für Vormünder). Vgl. noch v. Jeitter, Handbuch über die Behandlung der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Königreich Württemberg, 2. Aufl. Tübingen 1844 und 1845, 2 Bände. Stein, Handbuch des württemb. Erbrechts, 3. Aufl. von Kübel, Stuttgart 1860. Einzelne Aufsätze und Mittheilungen aus der Praxis enthält die Monatschrift für die willkürliche Gerichtsbarkeit und das Notariat in Württemberg, von Beutelspacher und Dann, Jahrg. 1859 und 1860.

Gerichtsbarkeitsverträge. Zur Förderung der Rechtspflege im Verhältniß zu den Gerichten und Angehörigen anderer Staaten und zur Regelung des Fremdenrechtes sind Jurisdictionsverträge abgeschlossen: mit Bayern (Rheinpfalz ausgenommen) 1821, 1857; Baden (1826, 1855); Hohenzollern-Hechingen (1827, nach der Erklärung des preußischen Justizministeriums vom 17. August 1857 aufrecht erhalten). Besondere Verträge wurden geschlossen mit 19 Kantonen der Schweiz wegen Reciprocität bei der Location von Schuldforderungen in Concursfällen; mit Baden, Bayern, Hessen-Darmstadt, Preußen, Oesterreich und den Schweizer Kantonen in Betreff gegenseitiger Requisitionen u. s. w.; mit Bayern wegen Bevormundung der beiden Staaten zugleich angehörigen Pflegebefohlenen; mit Bayern, Baden und Hessen wegen Bestrafung der Forstfrevel in den Grenzwaldungen. Sodann vereinigten sich die meisten teutschen Regierungen 1851 zu Gotha wegen gegenseitiger Uebernahme von Heimathlosen und Ausgewiesenen: diesem Vertrage schloß sich Württemberg den 12. Juli 1853 mit ständischer Zustimmung an. Auch verpflichteten sich die Nachbarstaaten Bayern, Württemberg, Baden, Hessen-Darmstadt, Hohenzollern Niemanden in das andere Gebiet auszuweisen, er gehöre denn diesem Gebiete an oder habe seinen Weg durch dasselbe zu nehmen. Ferner wurde die Auslieferung ausländischer Verbrecher in gewissen Fällen

---

in Betreff der Anklage der zweiten außerordentlichen Landesversammlung gegen den Staatsrath Freiherrn v. Wächter-Spittler. Stuttgart 1850.

84) Handausgabe mit Zusätzen von Kappler, 2. Aufl. Stuttgart 1855.

Digitized by Google

zugesagt: einem in dieser Beziehung von Preußen und anderen Staaten mit der nordamerikanischen Union geschlossenen Vertrag vom 16. Juni 1852 trat Württemberg 1854 bei. Zur Auslieferung von politischen Verbrechern sind die Bundesstaaten gegenseitig verpflichtet durch den Bundesbeschluß vom 18. August 1836. (Vgl. Verordnung vom 18. Januar 1855.) Endlich wurde eine Reihe von Staatsverträgen abgeschlossen zur Sicherung des Exports von Erbschaften und anderem Vermögen, ohne Abzug oder Nachsteuer, namentlich mit den Niederlanden, Frankreich, der Schweiz, Neapel und Sicilien, Rußland, Sardinien, Schweden und Norwegen, Polen, Dänemark, Griechenland, Oesterreich, den nordamerikanischen Freistaaten, Belgien, Spanien. Innerhalb der Bundesstaaten besteht die Freizügigkeit kraft der Bundesgesetze. R.

Zeit [1]). In vielen und wichtigen Rechtsinstituten findet sich ein Zeitverhältniß als Bestandtheil der durch eine allgemeine Rechtsregel begründeten Thatsachen, so daß hier die Zeit als eine der Bedingungen erscheint, wovon der Erwerb oder Verlust eines Rechtes abhängig gemacht wird. So verschieden nun theils diese Rechtsinstitute selbst unter einander sind, theils auch die Art, wie die Zeit Einfluß auf dieselben ausübt, so ist doch die Bedeutung und Behandlung der Zeit selbst ihnen allen gemeinsam. Zuvörderst sind die Rechtsinstitute, in welchen sich ein solcher Einfluß der Zeit zeigt, in einer allgemeinen Uebersicht zusammen zu stellen. Es sind drei Klassen zu unterscheiden. Die erste Klasse umfaßt diejenigen Fälle, in welchen das Dasein eines Rechtes davon abhängt, daß menschliche Thätigkeit oder Unthätigkeit, also freies Thun und Lassen, während eines bestimmten Zeitraumes ununterbrochen fortdauert. Dahin gehört: 1) das alte Institut der Usucapion, welcher sich als unmittelbare Entwickelungen der nonusus der Servituten, und später bei eben denselben die longa possessio anschließen; 2) die Klagenverjährung, der Verlust eines Klagerechtes durch ununterbrochene Unthätigkeit des Klageberechtigten; 3) eine Anzahl ganz einzeln stehender Fälle, welche sich unter keinem gemeinsamen Namen zusammenfassen lassen. Sie haben mit der Klagenverjährung das gemein, daß die in einem bestimmten Zeitraume fortdauernde Unthätigkeit eines Berechtigten den Verlust seines Rechtes zur Folge hat, wodurch die neueren Juristen veranlaßt worden sind, sie mit der Klagenverjährung zu identificiren, worin der abstracte Ausdruck einer erlöschenden Verjährung seine wichtige, aber irrige und verwirrende Anwendung fand. Es gehören dahin folgende Fälle: a) die alte Proceßverjährung der legitima iudicia, ein und ein halbes Jahr vom Anfange des Processes an [2]); b) die Resti-

1) Vergl. besonders Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 4, §. 177—194.

2) Gai. Inst. Comm. IV. §. 104.

tution, welche nur binnen vier Jahren (früher nur einem Jahr) gesucht werden kann; früher von der Klagenverjährung ganz verschieden; c) die gesetzlich bestimmten Proceßtermine; aa) nach den 12 Tafeln die 30 Tage des iudicatus, mit deren Ablauf die Execution eintrat; bb) die vier Monate von dem Urtheile an, nach deren Ablauf im neuesten römischen Rechte hohe Urtheilszinsen zu zahlen sind [3]); cc) die Appellationsfrist von 10 Tagen; dd) die drei Tage, binnen welchen eine Partei den Irrthum ihres Advocaten berichtigen darf [4]); d) die Frist zur Agnition der bonorum possessio, nach Verschiedenheit der Fälle 1 Jahr oder 100 Tage; e) die Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae; f) die Frist von 2 Jahren, nach welcher im alten römischen Rechte die Verpflichtung eines sponsor oder fidepromissor erlosch [5]); g) die 50 Tage der Excusation von einer Vormundschaft [6]); h) die Frist zur Errichtung des erbschaftlichen Inventariums, nach Verschiedenheit der Fälle bald 3 Monate, bald 1 Jahr betragend [7]); i) die Frist von 60 Tagen zur Geltendmachung des sog. pactum displicentiae [8]); k) die Frist von 2 Jahren nach der Kündigung, binnen welcher der Pfandschuldner den Verkauf des Pfandes abwenden kann und die Frist von 2 Jahren nach der Addiction des Pfandes an den Gläubiger, binnen welcher der Schuldner das Pfand einlösen darf; l) einige Fälle, in welchen der Verlust des Rechtes den Charakter einer Strafe an sich trägt, wozu gehören: aa) der Verlust des Miteigenthums an einem Hause, nachdem der Beitrag zu den Baukosten 4 Monate lang versäumt worden ist [9]); bb) der Verlust der Emphyteuse, des Mieth- und Pachtrechtes, wenn die Zahlung des Canon oder des Pachtgeldes bestimmte Zeit unterlassen wird [10]); cc) der Verlust des mütterlichen Erbrechtes, wenn die Mutter 1 Jahr lang versäumte, den Kindern Vormünder zu erbitten [11]). Die zweite Klasse enthält die Fälle des Erwerbes oder Verlustes eines Rechtes durch ununterbrochene Fortdauer eines von menschlicher Freiheit unabhängigen Zustandes innerhalb eines bestimmten Zeitraumes. Hierher gehören 1) die Altersstufen, durch deren Eintritt der Mensch bestimmte Rechte erwirbt, z. B. die Handlungsfähigkeit, oder verliert, z. B. den Anspruch auf Restitution; 2) die 18 Jahre nothwendiger Differenz im Lebensalter des Adoptivvaters und des Adoptivkindes; 3) die Zurückforderung mancher Theile eines Heurathsgutes, welche erst möglich ist, nachdem der Zustand aufgelöster Ehe eine bestimmte Zeit gedauert hat. Die

---

3) L. 2. 3. pr. C. VII. 54. L. 13. C. IV. 32.
4) L. 3. C. de errore advocat. II. 9. (10.)
5) Gai. Inst. Comm. III. §. 121.
6) §. 16. Inst. I. 25.
7) L. 22. §. 2. 3. C. VI. 30.
8) L. 31. §. 22. D. 21. 1.
9) L. 52. §. 10. D. 17. 2. L. 4. C. VIII. 10.
10) L. 2. C. IV. 66. L. 54. §. 1. D. 19. 2.
11) L. 2. §. 43. D. 38. 17.

Digitized by Google

dritte Klasse umfaßt die Fälle der Verknüpfung der Rechte mit ganz individuellen Zeitverhältnissen, wobei gar nicht von der Erfüllung eines ganzen Zeitraumes, sei es durch menschliches Thun oder Lassen, sei es durch zufällige Umstände, die Rede ist. Dahin gehören: 1) die zweifache Schadensberechnung bei der actio legis Aquiliae, indem es dem Kläger gestattet ist, innerhalb des letzten Monates, in einigen Fällen innerhalb des letzten Jahres, denjenigen Zeitpunkt auszuwählen, welcher seine Ansprüche am Höchsten stellt; 2) die Präsumtion der Paternität, daran geknüpft, daß in einem bestimmten Zeitraume vor der Geburt des Kindes, aber nicht nothwendig in diesem ganzen Zeitraume, die Mutter in der Ehe gelebt hat; 3) folgende Fälle, welche früher bisweilen mit Unrecht als Klagenverjährung angesehen worden sind: a) das interdictum de itinere actuque privato hängt davon ab, daß der Kläger im letzten Jahre den Weg wenigstens an 30 Tagen gebraucht hat[12]); b) das interdictum de aqua ist an den einmaligen Gebrauch der Wasserleitung im letzten Jahre geknüpft[13]); c) das interdictum utrubi sollte nach altem Rechte dann gelten, wenn der Kläger innerhalb des letzten Jahres länger als sein Gegner die Sache besessen hatte[14]), während im neuesten Rechte diese Regel aufgehoben ist und dieselbe keine Klagenverjährung eintritt, wie bei dem interdictum uti possidetis. Diese Zeitbestimmungen enthalten keine Klagenverjährung, da sie nicht den Verlust eines Klagrechtes durch dessen versäumte Ausübung bestimmen, worin das Wesen der Klagenverjährung besteht; vielmehr hat die Regel den Sinn, daß nur unter Voraussetzung jener Zeitverhältnisse ein wahrer, durch Interdicte zu schützender Besitz angenommen werden soll. Die hier nach drei Klassen dargestellten Fälle kommen darin überein, daß nur eine allgemeine Rechtsregel das Dasein eines Rechtes mit irgend einem Zeitverhältnisse in Verbindung gesetzt hat. Aehnliches kann auch, ohne allgemeine Rechtsregel, durch individuellen Willen bestimmt werden; und zwar durch richterliches Ermessen bei denjenigen Proceßfristen, welche nicht schon gesetzlich bestimmt sind; durch den Willen des Regenten bei ertheilten Moratorien; ebenso durch den in einem Testamente oder Vertrage ausgedrückten Privatwillen. Diese Fälle sind von den oben dargestellten in ihrem Wesen verschieden, darin aber ihnen ähnlich, daß bei beiden das gleiche Bedürfniß einer genaueren Bestimmung der einschlagenden Zeitverhältnisse eintritt. Die zuletzt erwähnten Fälle werden von manchen Neueren durch die Ausdrücke praescriptio iudicialis, testamentaria, conventionalis bezeichnet, um sie unter den allgemeinen Verjährungsbegriff zu bringen; es haben aber diese Ausdrücke keinen Eingang gefunden[15]). Die Behandlung der oben zusammengestellten Rechts-

12) L. 1. §. 2. 9. D. 43. 19.
13) L. 1. §. 4. 31. 34. D. 43. 20.
14) L. 1. pr. D. 43. 31. Gai. Inst. Comm. IV. §. 150—152.
15) Vgl. den Artikel Verjährung Bd. XII, S. 289, N. 8, 9.

Digitized by Google

institute beruht auf der Messung der für sie durch Rechtsregeln bestimmten Zeiträume, wozu ein sicherer, gleichförmiger Maßstab erforderlich ist. Derselbe wird aus dem, allen unseren Lebensverhältnissen (auch den nicht juristischen) zu Grunde liegenden, chronologischen Systemen entnommen, welches auf astronomischen Gesetzen beruht und dessen Darstellung der Kalender genannt wird. Hat man also ein von Zeitbestimmungen abhängiges Rechtsverhältniß zu beurtheilen, so geschieht dieses dadurch, daß man die zeitliche Erscheinung desselben mit den im Kalender unabänderlich bestimmten Zeiträumen vergleicht und darnach abmißt. Die Grenzpunkte der in Rechtsverhältnissen vorkommenden Zeiträume beruhen aber theils auf freien Handlungen, theils auf Naturereignissen, und es geschieht daher nur selten und zufällig, daß diese Zeiträume mit den im Kalender enthaltenen, in fest bestimmte Grenzen eingeschlossenen Zeiträumen unmittelbar zusammen fallen. Es bedarf daher für jeden gegebenen Fall einer künstlichen Reduction des von einem zufälligen Anfange ausgehenden Zeitraumes auf die im Kalender enthaltenen Zeitabschnitte; für diese Reduction hat das positive Recht theils allgemeinere Regeln vorgeschrieben, theils eine anomalische Behandlung, welche in einigen besonderen Fällen ausnahmsweise eintreten soll. Man kann die im Kalender enthaltenen Zeitabschnitte passend mit Savigny die Kalenderzeit (Kalenderjahr, Kalendertag u. s. w.), die in einzelnen Rechtsverhältnissen vorkommenden Zeiträume die bewegliche Zeit (bewegliches Jahr, Tag u. s. w.) nennen. Es ergiebt sich hieraus, daß die juristische Lehre von der Zeit auf folgende Gegenstände zu richten ist: I. der Kalender; II. regelmäßige Reduction der beweglichen Zeit auf die Kalenderzeit; III. civile Zeitrechnung; IV. utile tempus; V. Schalttag; letztere drei Gegenstände gehören zur anomalischen Reduction.

I. Kalender. Hierüber ist schon früher in einem besonderen Artikel gehandelt worden, auf welchen zu verweisen ist[16]). Nachzutragen ist aus Mommsen's Werke über die römische Chronologie Folgendes. Erstens ist es das zehnmonatliche Jahr und seine Bedeutung für das römische Rechtsleben, worüber dieser Schriftsteller Aufklärung giebt. Nach den besten Quellen haben die Römer ein zehnmonatliches Jahr neben dem zwölfmonatlichen Staatsjahre gekannt; an eine Fiction späterer Zeit ist dabei nicht zu denken. Die Fristen des Waffenstillstandes werden noch in geschichtlicher Zeit nach zehn Monaten berechnet; die Fristen für Rückgabe der Dos, für die Trauer der Witwen, der Kinder um die Eltern und der Eltern um die über 10 Jahre alten Kinder, werden ebenso als zehnmonatliche, wie als Jahresfristen bezeichnet; wo nicht auf Baarzahlung verkauft ist, pflegt 10 Monate Credit gegeben zu werden. Dagegen ist klar, daß der Gebrauch dieses zehnmonatlichen

16) Vgl. den Artikel Calender Bd. II, S. 523 flg. Zu den dort S. 523 Note 1 bemerkten Werken kommt neuerdings Mommsen, röm. Chronologie 2. Ausgabe hinzu.

Digitized by Google

Jahres mit den von der Ueberlieferung ihm zugeschriebenen 304 Tagen sehr unbequem gewesen sein muß. Die Dauer der Monate entsprach dem Umlaufe des Mondes nicht; noch erheblicher war die Differenz des ganzen Jahres von einem Sonnenjahre, und mit dem bekannten römischen Kalender ist eine Ausgleichung ebenfalls unmöglich. Aber auch das Kalenderjahr, wie es in wechselnder Gestalt vor Cäsar bestanden hat, war eine ungefügige Erfindung, zu manchen Zwecken völlig unbrauchbar. Gerade hieran knüpfen sich Vermuthungen, welche die Entstehung und Entwickelung des zehnmonatlichen Jahres erklären können. Das älteste römische Jahr hat abwechselnd 12 und 13 Monate von 27 bis 31 Tagen, im ganzen 355, 382 oder 383 Tage. Nach einem solchen Jahre mögen sich Feste so gut wie die Amtsdauer der Magistrate bestimmen lassen; für den bürgerlichen Verkehr ist es schlecht geeignet; Zinsenzahlungen, Pachtungen, Lieferungen auf Zeit sind danach nicht sicher zu berechnen. Dennoch mochte man sich nicht entschließen, nur nach Tagen und Monaten den Geschäftsverkehr zu regeln; gewiß ist, daß die Römer Zinsenzahlungen und Pachtungen nach Jahren zu verabreden pflegten; dieses Jahr war aber nicht das schwankende Kalenderjahr, sondern das feste, anfangs wenigstens relativ feste zehnmonatliche Geschäftsjahr. Denn die 304 Tage dieses Jahres sind nicht die ursprünglichen. Anfänglich umfaßte dieses Jahr 10 Kalendermonate, deren Gesammtlänge im Durchschnitte 295 Tage, höchstens 298, wenigstens 292 Tage betrug. Schwankungen, welche dieses Maaß nicht überschreiten, verträgt der bürgerliche Verkehr, und man genoß so den Vortheil, der officiellen Zeitrechnung als Anhalt sich bedienen zu können. Als aber nach der Kalenderreform der Decemvirn die einzelnen Monate zwischen 23 und 31 Tagen schwankten, zwei auf einander folgende Monate bald 50, bald 60 Tage, umfaßten, mußte die geschäftliche Zeitrechnung auf jeden Anschluß an den Staatskalender verzichten. Die Monate des zehnmonatlichen Jahres wurden nun als Zwölftel des Sonnenjahres von 365 Tagen auf $30^5/_{12}$ Tage berechnet, woraus die Zahl von 304 Tagen für das ganze Jahr sich ergiebt. „Gleichmäßig freilich," sagt Mommsen, „war diese Frist, mehr sogar als die ursprüngliche; aber sie war in hohem Grade unbequem, insofern sie nicht blos, wie die alte, das Kalenderjahr, sondern auch den Kalendermonat ignorirte. Der Geschäftsverkehr scheint sich darum um diese unbequeme Frist nicht viel bekümmert, sondern, so gut es gehen wollte, sich mit der Rechnung nach Monaten und Tagen beholfen zu haben, womit das spätere Verschwinden der Jahrzinssätze zusammenhängt, bis Cäsar's Kalenderreform ihn dieser argen Unannehmlichkeiten überhob." Zweitens hat Mommsen die Reihenfolge der dies fasti, d. h. der „ungebotenen, bei der Wiederkehr des betreffenden Datums im Gemeindekalender mit rechtlicher Nothwendigkeit eintretenden Gerichtstage" bestimmt. Für die Zeit vor Augustus und Tiberius fehlt es nicht an directen Ueberlieferungen, deren Abweichungen unter einander nicht sehr erheblich sind. Die Folge der Gerichtstage

Digitized by Google

erscheint hiernach nicht als eine willkürliche; vielmehr tritt die Regel trotz vieler Abweichungen klar hervor, da die Mehrzahl der Abweichungen sich aus dem sonst Bekannten genügend erklären läßt. Was aber in dieser Zeit als Regel gilt, ist zum großen Theile neuen Ursprunges. Abgesehen davon, daß unter diesen dies fasti sich neun befinden, welche erst von Cäsar dem Jahre zugesetzt sind, fallen 24 dies fasti auf die Nachtage der Kalender, Nonen und Idus, welche in der republikanischen Zeit die Pontifices für vitiös erklärt hatten. Dieses und anderes giebt Anhalt, aus den bekannten Gerichtstagen der ersten Kaiserzeit die Reihenfolge der republikanischen dies fasti zu berechnen. Die Kalender, Nonen, Idus und Nundinen jedes Monates sind die regelmäßigen Gerichtstage der älteren Zeit. Die nundinae als vierter römischer Monatsabschnitt sind bisher wenig bekannt gewesen. Sie sind wohl zu unterscheiden von dem nundinum, der achttägigen Woche. Wenn Gellius (Noct. Att. XX. 1. 46.) erzählt: „inter eos (scil. LX) dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur ... tertiis autem nundinis capite poenas dabanti," so sind hier diese Monatstage gemeint, an denen auf dem Markte Gericht gehalten wurde, wogegen die Gemeinde, welche nach alter Sitte in trinum nundinum entboten wurde, am 24. Tage nach der Botschaft zusammenkommen sollte. Die Entdeckung dieser nundinae wirft Licht auf die alte Wocheneintheilung des Monates. „Die römische und ohne Zweifel jede latinische Gemeinde" sagt Mommsen, „war seit ältester Zeit, schon als man dieselbe noch blos nach dem Mondmonat und dessen Vierteln maaß, gewohnt, an den vier Phasentagen des Monates oder den Anfangstagen der 7—8tägigen bürgerlichen Woche sich zu versammeln. Die Ansetzung der Versammlungstage, d. h. der Wochenlänge, mag man etwa in der Art sich denken, daß, wenn der König die Phase wahrnahm, er sie abrief und damit die Gemeinde von selbst auf den nächsten Tag entboten war. Vielleicht schon früher, jedenfalls mit der Einführung des Pythagoräischen Kalenders trat an die Stelle dieses schwankenden ein zwar ungleicher, aber einfür allemal fest bestimmter und getheilter, von dem Monde und dessen Phasen nicht zunächst abhängiger Monat; er zerfiel, wie bisher, in 4 Wochen; allein die erste zählte jetzt im 31tägigen Monat 6, in allen übrigen 4, die dritte in der Regel 9, nur im 28tägigen Februar 8 und im 27tägigen Schaltmonat 7 (nach Cäsar's Kalender in den 30tägigen und 31tägigen Monaten, wenn die Nundinen regelmäßig fielen, 10 und 11 Tage), die zweite und, von außerordentlichen Verlegungen abgesehen, auch die vierte durchgängig 8 Tage. Die Versammlungstage waren damit von selber gegeben, und eine Anfrage bei den kalenderkundigen Pontifices konnte nur vorkommen, theils hinsichtlich der nur nach Einsicht des Kalenders bestimmbaren Gerichtstage der künftigen Monate, theils insofern, als einzelne Gerichtstage wohl schon früh zu Festtagen (nefasti) wurden und damit ausfielen. Indessen war der Zweck dieser vier Versammlungstage nicht durchaus der gleiche. Die Kalenden und

Idus waren wesentlich Gerichtstage. An den Nonen versammelte sich die Gemeinde ursprünglich, um den König die in den Monat fallenden Gemeindefeste ankündigen zu hören. Auf die Nundinen des März und auf die des Mai fielen die beiden großen Gemeindeversammlungen; aber auch an den Nundinen der anderen Monate versammelte man sich in der Hauptstadt zur Erledigung der Verkehrsgeschäfte, was zur Folge hatte, daß sich an den Namen der nundinae früh die Vorstellung des Marktes knüpfte. Spätere, wenn auch theilweise vielleicht schon in unvordenklich früher Zeit eingetretene Erweiterungen, wie sie theils die zunehmende Menge der Processe, theils die Umwandelung einzelner Gerichtstage in Festtage hervorrief, sind die Aufnahme der Nonen unter die gesetzlichen oder factisch ständigen Gerichtstage. Aus der Gesammtheit dieser Ordnungen erklärt sich, warum bis auf das Pinarische Gesetz vom J. 282 die Gerichtsfrist durchaus eine 30tägige war. Selbstverständlich konnte dieselbe nur von einem dies fastus zu einem dies fastus laufen; und wenn man die 30 Tage so versteht, daß eine Mondfrist vom Datum zum Datum gemeint ist, so ist dies im besten Einklange damit, daß der Regel nach die vier Monatsabschnitte zugleich Gerichtstage gewesen sind." Durch Macrobius[17]) erfahren wir aus Granius Licinianus, daß die lex Hortensia von 467 sich auf die Bestimmung der Nundinen zu Gerichtstagen bezogen hat: „lege Hortensia effectum, ut nundinae fastae essent, uti rustici, qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent." Ganz wörtlich ist dieses wohl nicht zu verstehen. Schon vor der lex Hortensia sind Nundinen als Gerichtstage thatsächlich benutzt worden; dieses Gesetz mag den Gebrauch erweitert oder befestigt haben. Die Nundinen des März und Mai, an welchen, wie schon erwähnt, die großen Volksversammlungen stattfanden, erhalten im Kalender die Note: quando rex comitiavit fas, „das Gericht beginnt, nachdem der König die Gemeindeversammlung geschlossen hat"; was, wenn es auch später auf den rex sacrorum bezogen wurde, sicher nicht für diesen zuerst verordnet worden ist. Wahrscheinlich hat sich die lex Hortensia darauf beschränkt, die aus religiösen Gründen dem Gerichtsverkehr entzogenen Nundinaltage zu dies fasti zu machen. Aus den genannten vier Reihen der Gerichtstage, Kalender, Nonen, Iden und Nundinen, scheiden Festtage (dies feriati) und verrufene Tage (dies vitiosi) aus. Diese Ausnahmen mehren sich noch zu Cäsar's und Augustus' Zeiten. Die erheblichste Verminderung aber scheinen die dies fasti durch die Neuerung von Augustus erfahren zu haben, daß der Senat regelmäßig einmal im Monat an den Idus zusammentreten und deshalb an diesen Tagen keine Gerichtssitzungen stattfinden sollten; wenn Surtonius auch die Kalenden neben den Idus als die Tage ordentlicher Senatssitzungen nennt, so hat er wohl die Bestimmung irgend eines späteren Kaisers mit jener Ordnung vermengt.

17) Macrob. Saturn. I. 16. 39.

Digitized by Google

Einige dies fasti scheinen nicht sowohl aufgehoben, als auf einen anderen Kalendertag verlegt zu sein: so aus erweislichen Gründen die eigentlich auf die Nundinen des April und August fallenden Gerichtstage. Als Ersatz aber für die ganz ausfallenden dies fasti wird, der stets wachsenden Zahl der Processe entsprechend, eine noch größere Menge neuer Gerichtstage anerkannt, außer den von Cäsar in den Kalender neu aufgenommenen Tagen die Nachtage der Kalenden, der Nonen und Idus. Das Resultat ist: In der Zeit des Augustus bestehen 53 dies fasti, welche sich in sieben Gruppen vertheilen lassen, Kalenden und Nachtage der Kalenden, Nonen und Nachtage der Nonen, Nachtage der Idus, Nundinaltage und welche an ihre Stelle getreten, endlich neun von Cäsar neu datirte Tage. Warum die Reihe der Idus ausgefallen ist, ist schon gesagt; daß auch die Nachtage der Nundinen zu Gerichtstagen gemacht worden seien, wird nirgends angedeutet[18]). — Außer dem Tage, Monat und Jahr, welche allein als wesentliche Stücke unseres Kalenders betrachtet werden dürfen, sind noch einige andere zu erwähnen. Zuerst die Theile des Tages, also die Stunde mit ihren Unterabtheilungen. Man theilt den Kalendertag in 24 gleiche Theile, deren jeden man eine Stunde nennt. Da der Umfang des Kalendertages je nach Jahreszeiten veränderlich ist, so müssen auch an verschiedenen Kalendertagen die Stunden von ungleicher Länge sein, nur daß hier die Verschiedenheit fast als unmerklich verschwindet. Der ganze Begriff der Stunde ist aber ein willkürlicher und ohne allen Zusammenhang mit irgend einer Naturbeobachtung, so daß man den Tag ebensogut in 10 oder 100 Stunden hätte zerlegen können. Die Willkürlichkeit dieses Begriffes wird dadurch klar, daß die Römer (übereinstimmend mit anderen Völkern des Alterthums) einen zwar äußerlich ähnlichen, in der That aber völlig verschiedenen Begriff der Stunde haben. Sie theilen jedesmal den Lichttag in 12 gleiche Theile, welche sie durchzählen; ebenso auch die Nacht in 12 gleiche Theile, welche sie ebenfalls von Eins bis Zwölf durchzählen. Dabei mußten also die Tages- und Nachtstunden unter einander fast immer (nämlich nur mit Ausnahme der Tag- und Nachtgleiche) von ungleicher Länge sein, und ebenso mußte von Tag zu Tag die Länge der Stunden wachsen und abnehmen. Um sich von der Unbequemlichkeit dieser Einrichtung eine vollständige Vorstellung zu machen, muß man sich noch die Unvollkommenheit ihrer Sonnen-, Wasser- und Sanduhren hinzudenken. Indessen pflegt die Stunde als Zeitabschnitt in Rechtsregeln gar nicht vorzukommen. Das von der Stunde Gesagte gilt ebenso, und theilweise in noch höherem Grade, von den kleineren Abschnitten, der Minute, Secunde u. s. w. Die Woche liegt ganz

18) Was hier aus Mommsen, röm. Chronol. erwähnt ist, hat Becker, Jahrb. des gem. teutschen Rechtes Bd. 3, S. 132 flg. aus diesem Werke mitgetheilt. Ebd. S. 139 ist eine Uebersichtstafel der dies fasti der ersten Kaiserzeit beigefügt.

Digitized by Go

außer dem Kalender, indem sie kein integrirender Theil des Monates oder des Jahres ist, sondern nur aus einer bestimmten Zahl auf einander folgender Tage besteht, welche, sich stets wiederholend, durch die Reihe der Monate und Jahre mitten hindurch zieht[19]). In Regeln des römischen Rechtes kommt die Woche gar nicht vor; wohl aber erscheint sie schon früh im germanischen Rechte, dann aber noch häufiger in neueren Proceßordnungen sowie in den von Richtern vorgeschriebenen Proceßfristen und in Rechtsgeschäften unter Privatpersonen. Die Bezeichnung der einzelnen Tage im Verhältniß zur Woche, welcher sie angehören, geschieht auf andere Weise als bei dem Monat, nämlich nicht durch Zahlen, sondern durch individuelle Namen, welche sich in jeder Woche gleichförmig wiederholen.

2) Regelmäßige Reduction der beweglichen Zeit auf die Kalenderzeit. Wird der Ablauf eines Zeitraumes als Bedingung einer Rechtsänderung aufgestellt, so wird der Umfang desselben bezeichnet durch die Verweisung auf die Kalenderzeit, d. h. durch den Ausdruck einer bestimmten Zahl von Tagen, Wochen, Monaten, Jahren, also von solchen Zeitabschnitten, wie sie mit festem Anfang und Ende im Kalender vorkommen. Da aber der Anfang des wirklichen Zeitraumes mit dem Anfang einer bestimmten Kalenderzeit nur zufällig und in den seltensten Fällen zusammentrifft, so muß die Anwendung durch eine Reduction vermittelt werden, wofür die Regeln nun aufzustellen sind. Diese Regeln sind für die meisten Zeiträume einfach und unzweifelhaft, nur für den Monat sehr bestritten; die Ausführung der Regeln aber führt allgemein auf große Schwierigkeiten. Zunächst ist zu untersuchen, was unter einem beweglichen Tage, Jahre, Woche, Monat zu verstehen ist. Der bewegliche Tag ist ein Zeitraum von gleichem Umfang mit dem Kalendertage; d. h. er wird von irgend einem zufälligen Zeitpunkte an, (z. B. von der Entstehung eines Klagerechtes durch Rechtsverletzung) so weit vorwärts gerechnet, daß der Zeitraum gleich groß ist mit dem zwischen einer Mitternacht und der folgenden Mitternacht liegenden Zeitraume. Dabei wird also eine gleiche Länge der Kalendertage vorausgesetzt, und obgleich diese Voraussetzung unrichtig ist, so wird dennoch der Irrthum aus mehreren Gründen juristisch nicht berücksichtigt; theils weil der Unterschied sehr gering ist, und die Ausgleichung unüberwindliche Schwierigkeiten haben würde, theils weil ohnehin schon aus anderen Gründen eine besondere Maßregel des positiven Rechtes sich nöthig macht, worin zugleich dieser kleine Irrthum seine Erledigung findet. Das bewegliche Jahr ist ein zusammenhängender Zeitraum von 365 beweglichen Tagen[20]). Der kleine Ueberschuß des wahren Sonnenjahres über 365 Tage wird hier deshalb

19) Ueber die Berechnung und Eintheilung der Woche bei den Römern s. den Artikel Calender Bd. II, S. 526 flg.

20) L. 51. §. 2. D. 9. 2. L. 4. §. 5. D. 40. 7.

Digitized by Google

mit Recht nicht berücksichtigt, weil derselbe in dem Schalttage seine Erledigung findet. Die bewegliche Woche ist ein zusammenhängender Zeitraum von 7 beweglichen Tagen. Die Anwendung wird hier dadurch erleichtert, daß man nur auf den wiederkehrenden gleichnamigen Wochentag zu achten hat, um den Ablauf der Woche zu erkennen. Die Bedeutung des beweglichen Monats wird dadurch zweifelhaft, daß die Kalendermonate jedes Jahres drei verschiedene Längen haben, d. h. bald 31, bald 30 Tage, bald nur 28 Tage lang sind. Wollte man nun eine Normalzahl von Monatstagen bestimmen, um sie bei Rechtsregeln, worin Monate vorkommen, anzuwenden, so hatte man zunächst die Wahl zwischen 31 und 30. Für 31 sprach der Umstand, daß wirklich die meisten Monate diese Zahl von Tagen haben. Für 30 sollen sich nach der gangbaren, noch von Savigny vertheidigten Ansicht die Römer entschieden haben und aus mehreren Gründen bewogen worden sein, den beweglichen Monat als eine Zeit von 30 Tagen anzusehen. Als erster Grund wird angeführt, daß unter allen ganzen Zahlen die Zahl von 30 Tagen dem zwölften Theile des Jahres, welcher genau $30^5/_{12}$ beträgt, sowie dem astronomischen Mondsmonat von 29 Tagen 12 Stunden 44 Minuten 3 Secunden am nächsten kommt. Als zweiter Grund wird geltend gemacht die mehr praktische Rücksicht, daß die Zahl 30 als runde Zahl dem Gedächtniß sich leichter einpräge, und daß sie durch ihre mannichfaltige Theilbarkeit für die Anwendung im täglichen Leben bequemer sei, als die Zahl 31. Savigny leugnet nicht, daß eine gesetzliche Vorschrift darüber, daß der bewegliche Monat als eine Zeit von 30 Tagen anzusehen sei, im römischen Rechte nicht vorhanden sei; er beruft sich aber darauf, daß in mehreren, aus ganz verschiedenen Zeiten herrührenden Stellen die Zahl von 30 Tagen als Monatslänge unzweifelhaft vorausgesetzt werde. Allein die nähere Beleuchtung dieser Stellen, wie sie Bachofen[21]) vorgenommen hat, ergiebt, daß es bei den Römern keine juristischen Monate von 30 Tagen giebt; daß sie vielmehr nur individuelle Monate von verschiedener Dauer, namentlich von bald 30, bald 31 Tagen kannten und daß daher sowohl 30tägige als 31tägige Fristen als Monate bezeichnet werden.

Bei einem gemeinsamen Ueberblicke der bisher aufgestellten Regeln zeigt es sich, daß unter allen Zeitabschnitten der Tag am wichtigsten ist, indem die übrigen immer nur auf ihn zurückführen. Denn wenn man irgend eine in Jahren, Monaten, Wochen ausgedrückte Zeit als Grundlage einer Rechtsänderung anwenden soll, so geschieht dieses immer dadurch, daß man durch Auflösung dieser Zeiten in Tage einen bestimmten Tag findet, in dessen Umfang das wahre Ende des beweglichen Zeitraumes fällt. Dieses wahre Ende ist nämlich derjenige Zeitpunkt im Laufe jenes gefundenen Tages, welcher mit dem Zeitpunkte des Ereignisses, von welchem der ganze Zeitraum seinen Anfang nahm, genau

21) In der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. 18, Nr. 2.

Digitized by Google

übereinstimmt. Wenn also bei einer Usucapion der Besitz in einer frühen oder späten Tageszeit erworben worden war, so muß auch das Ende der Usucapion in eine genau entsprechende Tageszeit fallen. Nennt man dieses wahre Ende den mathematischen Endpunkt, die Zeit aber, in welcher die Rechtsänderung eintritt, den juristischen Endpunkt, so läßt sich das bisher Gesagte auch so ausdrücken: der juristische Endpunkt muß mit dem mathematischen genau zusammenfallen. Die Schwierigkeiten, welche sich bei der Anwendung dieser Regel zeigen und bei den Römern noch größer waren als bei uns, und welche theils im Mangel von Werthungen zur ganz genauen Bestimmung der kleineren Zeitabschnitte ihren Grund haben, theils darin, daß wenn auch bei astronomischen Beobachtungen die kleineren Zeitabschnitte ganz genau bestimmt werden, doch in den drängenden und oft geringfügigen Geschäften des bürgerlichen Lebens keine genügende Sicherheit in die Bestimmung von Stunden, Minuten u. s. w. gebracht werden kann, haben die Folge, daß zwar der Tag, an welchem ein Geschäft vorgenommen wird, genau angemerkt zu werden pflegt, dagegen die Tageszeit nicht bemerkt wird. Da nun der mathematische Endpunkt immer von einem entsprechenden Anfangspunkte abhängig ist, mithin für diesen, und also auch für jenen, die Tageszeit meistens gar nicht auszumitteln sein wird; eine Schwierigkeit, welche noch durch die wechselnde Länge der Tage und Stunden, welche selbst neben den vollkommensten Uhren noch immer eine künstliche Reduction nöthig macht, vergrößert und bei den Römern durch ihre von der unserigen ganz abweichende Einrichtung der Stunden noch bedeutend vermehrt wurde, so ist es in den meisten Fällen kaum möglich, ein genaues Zusammenfallen des juristischen Endpunktes mit dem mathematischen zu bewirken. Auf diese Unmöglichkeit gründet nun Savigny die Nothwendigkeit, sich für die Anwendung mit einer annähernden Genauigkeit zu begnügen, das Zusammenfallen des juristischen Endpunktes mit dem mathematischen ganz aufzugeben, zugleich aber die zugelassene Abweichung in feste und möglichst enge Grenzen einzuschließen [22]).

3) Civile Zeitrechnung [23]). Die meisten Neueren bis auf Savigny, diesen ausgeschlossen, stellen folgende Sätze auf. In vielen

---

22) Savigny a. a. O. S. 346, 347.

23) Vgl. Donellus, Comm. iur. civ. Lib. V. cap. 19. Rücker, de civili et naturali temporis computatione. Lugd. Bat. 1749. Koch, Belehrungen über die Mündigkeit zum Testiren u. s. w. Gießen 1796 und: Bestätigung der Belehrungen u. s. w. 1798. Hagemeister, über die Mündigkeit zum Testiren, im civil. Magazin Bd. 3, Nr. 1, mit Vorerinnerung von Hugo. Erb, über den annus civilis, im civil. Magazin Bd. 3, Nr. 8. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 90. Löhr, über civilis computatio, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 11, S. 411 flg. Reinfelder, der annus civilis. Stuttgart 1829. Savigny, System Bd. 4, §. 182—188. Bachofen, zur Lehre von der civilen Berechnung der Zeit, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 18, S. 38—80, 335—375. Letztere gründliche Abhandlung hat der Verfasser in dem Artikel

Digitized by Google

Fällen, sagen sie, wird die Zeit auf die besondere Weise berechnet, daß der letzte Zeittheil, wenn er nur angefangen ist, als vollendet angesehen wird; diese anomalische Zeitrechnung heißt civilis computatio, die regelmäßige naturalis computatio. Ueber die Begrenzung der Fälle, worin die eine oder die andere Rechnung gelten soll, sind die Meinungen sehr abweichend. Savigny hingegen, von der Unmöglichkeit, ein genaues Zusammenfallen des juristischen Endpunktes mit dem mathematischen zu bewirken, und von der Nothwendigkeit, sich für die Anwendung mit einer annähernden Genauigkeit zu begnügen, die zugelassene Abweichung aber zugleich in feste und möglichst enge Grenzen einzuschließen, ausgehend, stellt als Aufgabe hin, einen juristischen Endpunkt beweglicher Zeiträume zu finden, welcher in jedem gegebenen Falle leicht und sicher anzuwenden wäre und zugleich von dem mathematischen möglichst wenig abweiche [24]). Für diese Aufgabe, sagt er, gebe es zwei mögliche, jedoch auf demselben Grundbegriffe beruhende Auflösungen. Man könne nämlich den juristischen Endpunkt entweder in die dem mathematischen vorhergehende oder in die nachfolgende Mitternacht verlegen; durch beide Einrichtungen werde der Zweck gleich vollständig erreicht. Denn indem nun der bewegliche Tag mit dem Kalendertage zusammenfalle, verschwinde das Bedürfniß einer künstlichen Reduction, und die Ermittelung kleinerer Zeitabschnitte, welche den Grund der Schwierigkeit enthalte, werde überflüssig. Zwei Kalendertage aber von einander zu unterscheiden, sei auch dem Ungebildeten leicht, da zwischen beiden stets eine merkliche Zeit der Finsterniß und der Geschäftsruhe mitten inne liege. Das angegebene Verfahren lasse sich auch so bezeichnen: Der Kalendertag wird behandelt, als ob er nicht (wie er in Wahrheit ist) ein ausgedehnter Zeitraum, sondern ein untheilbares Zeitstück, ein Zeitelement wäre. Der Erfolg des angegebenen Verfahrens bestehe nur darin, daß die Wirkungen des Zeitablaufes etwas früher oder später eintreten, als es nach der strengen Anwendung der Rechtsregel (wenn diese ausführbar wäre) geschehen würde, so daß der vorgeschriebene Zeitraum in der That etwas erweitert oder verkürzt werde; die Abweichung betrage bald mehr, bald weniger, nur niemals volle 24 Stunden, so daß sie also in feste und enge Grenzen eingeschlossen sei und beinahe als unmerklich verschwinde. Allerdings werde dadurch, in Vergleichung mit der streng ausgeführten Rechtsregel, der eine Theil einige Zeit gewinnen, der andere aber so viel verlieren; aber dieser Gewinn und Verlust sei keineswegs Zweck des Verfahrens; er sei nur ein unvermeidliches, zur Verminderung eines größeren, absichtlich zugelassenes Uebel. Zwischen beiden gleich zweckmäßigen Lösungen bleibe die Wahl übrig; entweder indem man die eine ausschließend annehme, oder indem man

---

Verjährung leider übersehen und muß daher manches in dem erwähnten Artikel Gesagte verbessern.

24) Savigny a. a. O. S. 348 flg.

Digitized by Google

beide gelten lasse, je nach Verschiedenheit der Fälle. Um hierin nicht willkürlich zu verfahren, habe man ein auf diesen Fall anwendbares, schon anderwärts bewährtes Princip aufzusuchen. Man habe es hier mit einer partiellen Unbestimmtheit zu thun, welche nothwendig Einem von beiden Theilen zu Gute kommen müsse; eine solche Unbestimmtheit erscheine auch in anderen Rechtsverhältnissen nicht selten und sie komme dabei stets demjenigen zu Gute, von dessen Handlung (als einer zulässigen oder nothwendigen) zunächst die Rede sei. So habe bei einer alternativen oder generischen Obligation der Schuldner die Wahl, welches Individuum oder welche Qualität er geben wolle; umgekehrt habe bei einer nach Zeit oder Ort ganz unbestimmten Obligation der Gläubiger die Wahl, wenn oder wo er klagen wolle, weil sein im Allgemeinen anerkanntes Klagerecht in diesen Beziehungen unbeschränkt geblieben sei. Wende man dieses Princip auf den vorliegenden Fall an, so führe es auf folgende Behandlung. Solle durch den Ablauf des Zeitraumes ein Recht erworben werden, wie bei der Usucapion, so sei die vorhergehende Mitternacht als juristischer Endpunkt anzunehmen, weil bei der angegebenen Unbestimmtheit der Erwerber befugt sei, in jedem Momente des ganzen Kalendertages den Erwerb als vollendet anzusehen. Solle hingegen durch den abgelaufenen Zeitraum ein Recht verloren werden, wie bei der Klagenverjährung, so müsse die nachfolgende Mitternacht angenommen werden, weil der Klagberechtigte gleichfalls wegen jener Unbestimmtheit in jedem Momente des Kalendertages behaupten könne, daß er noch zu rechter Zeit klage. So sei es in den gewöhnlichen Fällen, worin eine Rechtsregel den Ablauf eines Zeitraumes als Bedingung einer Rechtsänderung ausdrücke; sei dagegen die Bedingung ausdrücklich auf die Ueberschreitung des Zeitraumes gestellt, so müsse stets die nachfolgende Mitternacht angenommen werden (auch wo vom Erwerbe eines Rechtes die Rede sei), weil eben wegen der Untheilbarkeit des Kalendertages erst am folgenden Tage die Ueberschreitung des Zeitraumes behauptet werden könne. Gegen die dargestellte, von Savigny versuchte Begründung der civilen Zeitrechnung hat sich Bachofen erklärt und dieser scheint uns das Richtige getroffen zu haben. Seine Darstellung liegt dem Folgenden zu Grunde. Das Sicherste ist eine sorgfältige Prüfung aller einschlagenden Stellen. Ein allgemeiner Ausspruch über das Wesen der Civilcomputation findet sich allein in einem Fragment des Paulus [25]); das Princip selbst ist in den Worten enthalten: „Annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus." Der einfache Sinn dieser Worte kann durch folgende Uebersetzung gegeben werden: Nach der Regel des Civilrechtes berechnen wir das Jahr nur nach Kalendertagen, nicht nach kleineren Abschnitten, etwa nach Stunden oder noch kleineren Zeittheilen. Aus anderen Nachrichten juristischer und nicht juristischer Classiker wissen

25) L. 134. D. 50. 16.

Digitized by Google

wir, daß das Jahr nach der Revision des Kalenders durch Cäsar zu 365 Kalendertagen berechnet wurde, mithin etwa ein Viertheil eines Tages in Vergleich mit dem Sonnenjahr zu kurz war; und ferner, daß der Kalendertag nach römischer Sitte mit Mitternacht anfing und mit Mitternacht endigte [26]). Alle Ereignisse, welche in den Zwischenraum zweier solcher Mitternachtspunkte fallen, gehören mithin einem und demselben Tage an. So wird z. B. gesagt, daß diejenigen, welche zwischen denselben Mitternachtsstunden geboren sind, denselben Geburtstag haben [27]). Hierbei ist darauf nicht weiter Rücksicht genommen, zu welcher Zeit dieses Tages das fragliche Ereigniß stattgefunden hat. Zwei Geburten können so nahe, als nur denkbar, an die 24 Stunden auseinander liegen; sie haben sich doch an demselben Tage ereignet, wenn sie nur zwischen dieselben Mitternachtspunkte fallen. Dabei ließe sich nun denken, daß man eben diese mögliche Differenz von beinahe vollen 24 Stunden für zu bedeutend erachtete, als daß man dieselbe völlig hätte vernachlässigen mögen. Es giebt im täglichen Leben viele Handlungen, welche man für wichtig genug hält, um neben dem Tage auch noch die Tageszeit, sogar die Stunde zu bemerken. Die in der Anlegung eines solchen kleineren Maaßstabes sich äußernde Genauigkeit der Zeitbestimmung rechtlich wichtiger Ereignisse wird aber von dem Civilrechte nicht nur nicht verlangt, sondern auch in der Regel völlig unberücksichtigt gelassen. Dies ist die praktisch wichtige Seite des von Paulus aufgestellten, in den vorher angeführten Worten enthaltenen Princips des Civilrechtes für die Jahresberechnung. Man kann dieses Princip dahin präcisiren: das Civilrecht nimmt nur auf Kalendertage, nicht auf kleinere Zeittheile Rücksicht [28]). Das Princip zeigt seine juristische Wichtigkeit auch noch in anderen Beziehungen, als bei der Berechnung eines Jahres, worauf es Paulus zunächst anwendet, oder einer Zeitfrist überhaupt. Der Vorzug des Pfandrechtes wird in Folge dieses Grundsatzes nur nach Tagen bestimmt. Die Stundenzahl, wenn auch genau erwiesen, kann an der Gleichzeitigkeit mehrerer an demselben Tage bestellten Pfandrechte nichts ändern [29]). In der ersten, hier allein interessirenden Anwendung äußert sich jenes Princip so, daß der Tag des Ereignisses, von welchem an der Ablauf des Jahres gerechnet werden soll, selbst schon mitgezählt wird. Von der Geburt eines 12 Uhr Mittags am 1. Januar zur Welt gekommenen Kindes wird Ein Jahr, d. h. ein Zeitraum von 365 Tagen, mit der Mitternachtsstunde, welche

---

26) Vgl. den Artikel Calender Bd. II, S. 524, 536.

27) Diese und noch andere Anwendungen des Princips bei Censorinus, de die natali cap. 23. §. 4. 5. Vgl. Macrob. Saturn. Lib. I. cap. 3.

28) Hiermit ist auch die Beachtung des Zeittages, im Gegensatze zum Kalendertage, verworfen. Wo die Römer von dies schlechthin reden, ist stets der Kalendertag zu verstehen. Vgl. Erb a. a. O. S. 219. Anders z. B. Löhr a. a. O. S. 417, N. 14. S. 419.

29) L. 16. §. 7. D. 20. 1.

Digitized by Google

den 31. December schließt, abgelaufen sein. Denn der 1. Januar ist als Geburtstag schon in die 365 Tage einzuzählen. Wer ihn von der Einrechnung ausschließt, weil das Kind den größten Theil desselben noch nicht gelebt hat, würde der Regel des Civilrechtes zuwiderhandeln, welche kleinere Zeittheile, als den Kalendertag, nicht berücksichtigt wissen will. Hierbei sind zugleich gewisse Ausdrucksweisen, in welche neuere Juristen diese Regel des Civilrechtes einzukleiden pflegen, zu prüfen. Mehrere Juristen sprechen von einer Fiction des Civilrechtes, wonach Alles, was sich im Laufe eines Kalendertages ereignet, auf den ersten Moment desselben zurückgeführt und als in diesem geschehen angesehen werden soll [30]). Eine Fiction dieser Art findet sich nur in den Schriften neuerer Juristen, welche auch zur Erklärung oder vielmehr zur Beseitigung einzelner Stellen davon Gebrauch machen, nicht aber im römischen Civilrechte und dessen Quellen, welche sich darauf beschränken, eine bei der Unvollkommenheit der chronometrischen Instrumente der Alten nicht wohl zu realisirende Genauigkeit der Zeitbestimmung bei Seite zu setzen und sich mit der Berücksichtigung des Kalendertages zu begnügen. Ebenso wenig haben die Römer jemals daran gedacht, den Kalendertag als eine Einheit, ein untheilbares Ganze, ein momentum zu betrachten, um sich auf diese Weise für jene Einrechnung eines ganzen Tages Rechenschaft zu geben. Auch diese Idee eines untheilbaren Ganzen ist den Römern von den neueren Juristen untergeschoben [31]) und hat weitere unrichtige Ansichten veranlaßt. Die Nichtbeachtung der einem Kalendertage angehörenden kleineren Zeittheile ist noch sehr weit von der Annahme einer Untheilbarkeit desselben entfernt. Richtiger ist umgekehrt zu behaupten, daß das Civilrecht die kleineren Zeittheile in ihrer Selbstständigkeit und Bedeutung anerkennt, indem es bei der Fristberechnung ihre Nichtbeachtung einzuschärfen für nothwendig erachtet. Diese Nichtbeachtung kleinerer Zeittheile haben unsere Juristen so sehr als eine Eigenthümlichkeit des römischen Civilrechtes angesehen, daß sie der auf dieselbe gegründeten civilis computatio eine sog. naturalis computatio gegenüberstellten, welche nur auf die kleinsten denkbaren Zeittheile Rücksicht nimmt und den Ablauf der Fristen nach diesen bestimmt. Derselbe Gegensatz findet sich in den Ausdrücken: mathematischer und civiler Endpunkt eines Zeitraumes. Jener kann in jeden

30) Löhr a. a. O. S. 415. Dieser selbst erklärt sich S. 417 gegen jene Fiction. Die Worte der L. 8. D. 2. 12. „itaque quidquid in his viginti quatuor horis (id est, duabus dimidiatis noctibus et luce media) actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset" enthalten nichts jener Fiction Aehnliches, sondern ganz einfach eine Warnung vor dem Mißverständnisse, als könnte, was an einem bestimmten Tage geschehen soll, nur so lange es hell ist, verrichtet werden. Vgl. Bachofen a. a. O. S. 42, N. 1. Eine andere Auslegung giebt Löhr a. a. O.

31) Diese Fiction knüpft sich namentlich an die Worte der L. 7. D. 41. 3., wovon später die Rede sein wird. Vangerow, Leitfaden §. 196 Anm. nennt den ganzen Tag Einen Moment.

Digitized by Google

beliebigen Moment eines Kalendertages, dieser immer nur in eine Mitternachtsstunde fallen. Dieser Gegensatz, so richtig er an sich ist, findet sich im römischen Rechte, eine einzige Ausnahme abgerechnet, wovon später die Rede sein wird, nicht vor, ist also auch bei der Erklärung der einzelnen Stellen nicht zu berücksichtigen. Am meisten weichen diejenigen von der Wahrheit ab, welche der natürlichen oder mathematischen Berechnung nicht etwa blos die Bedeutung einer Negation der civilen Berechnung beilegen, sondern sie vielmehr zu der Regel erheben, von welcher nur in besonderen Fällen und da, wo es das Civilrecht ausdrücklich sage, abzugehen erlaubt sei [32]). Derselbe Irrthum liegt der Annahme zu Grunde, wonach mehrere wichtige Stellen der römischen Juristen aus dem Gegensatze der civilen und der natürlichen Computation der Zeit und des Tages ihre Erklärung erhalten sollen [33]). Abgesehen davon, daß der Wortlaut dieser Stellen einen solchen Gegensatz nirgends andeutet, ist die Annahme desselben auch schon deshalb unzulässig, weil hierdurch dem unrömischen Begriffe der mathematischen Computation eine Anerkennung von Seite der alten Juristen wird, welche ihm sonst ganz fehlt. Denselben Tadel verdienen gewisse Ausdrücke, welche sich auf eine Vergleichung der civilen und der natürlichen Zeitberechnung gründen. Auch sie enthalten eine Anerkennung der mathematischen Zeitberechnung, welche mit dem Grundsatze des römischen Rechtes im Widerspruche steht. So spricht Savigny immer davon, daß die betheiligte Partei durch Anwendung der civilen Computation bald den Bruchtheil eines Kalendertages gewinne, bald denselben verliere oder was dasselbe sagen will, daß die civile Computation die Frist bald um jenen Bruchtheil zu lang, bald zu kurz nehme. Römisch ist diese Betrachtungsweise nicht. Wenn die Römer den Ablauf des ersten Lebensjahres eines am Mittage des 1. Januar geborenen Kindes auf Mitternacht zwischen dem 31. December und 1. Januar setzen, so schwebt ihnen bei dieser Berechnung keineswegs die Idee vor, daß die Genauigkeit eigentlich das Abwarten der folgenden Mittagsstunde verlange, daß mithin der Ablauf des Jahres vor seinem eigentlichen Eintritte angenommen werde; sie glauben vielmehr die für die Geschäfte des Lebens größtmögliche Genauigkeit angewendet zu haben und weichen keineswegs wissentlich und absichtlich von dem mathematischen Endpunkte ab. Daher ist auch jeder Gedanke besonderer Begünstigung und Milde gegen die eine Partei aus der Betrachtung der civilen Zeitrechnung völlig zu entfernen. Von Bedeutung wird diese Bemerkung besonders bei der Prüfung jener Behauptung der meisten Juristen, wonach die civile Zeitberechnung nicht, wie man es er-

32) So Löhr a. a. O. S. 424. Mühlenbruch, Pand. §. 87, N. 2. Dagegen stellen die Civilcomputation als Regel hin Wangerow a. a. O. Schweppe, röm. Privatr. §. 145. Sintenis, Civilr. Bd. 1, §. 26.

33) Z. B. L. 5. D. 28. 1.

Digitized by Google

wartet, für alle Fristen und in allen Anwendungen eine und dieselbe, sondern vielmehr, je nach der Natur der Rechtsverhältnisse, mit welcher die Fristen in Verbindung stehen, verschieden sein soll. Die civile Zeitrechnung beruht nicht auf der durch die Unmöglichkeit, ein genaues Zusammenfallen des juristischen Endpunktes mit dem mathematischen zu bewirken, begründeten Nothwendigkeit, sich für die wirkliche Anwendung mit einer annähernden Genauigkeit zu begnügen, zugleich aber auch die zugelassene Abweichung in enge und möglichst feste Grenzen einzuschließen; sie ist nicht aus einer solchen bewußten und absichtlichen Vermittelung zweier Momente hervorgegangen, sondern einzig und allein aus der Feststellung des Kalendertages als unabänderlichen, festen Maaßes für die civile Fristberechnung. Nun sind einige wichtige Folgerungen aus diesem Princip zusammenzustellen. 1) Die erste betrifft die Bestimmung des novissimus (postremus, supremus) dies einer Jahresfrist. Da der Kalendertag, z. B. der 1. Januar, in dessen Verlauf die Geburt fällt, in das erste Lebensjahr eingerechnet werden muß, so wird der letzte (der 365ste Tag) der 31. December sein. So unbestritten dies scheint, so hat doch gerade diese Behauptung entschiedenen Widerspruch erfahren [34]). Novissimus dies soll nach dieser abweichenden Ansicht nicht auf den 31. December, sondern auf den 1. Januar fallen, da diesem die Geburtsstunde angehöre. Aber eben dieser Umstand macht den 1. Januar 1801 zum ersten Tage des zweiten Jahres, gerade wie der 1. Januar 1800 der erste Tag des ersten Lebensjahres war. Das erste Jahr ist also in der Mitternachtsstunde vom 31. December auf den 1. Januar verflossen, wer es erst 24 Stunden später schließt, giebt ihm 366 Tage. Denn offenbar darf in allen den Stellen, welche den postremus dies erwähnen [35]), nur an den Kalendertag und nicht etwa an den beweglichen Zeittag gedacht werden. Dieser letztere stützt sich ja auf die natürliche Zeitrechnung und den mathematischen Endpunkt, dessen Beobachtung der Regel des Civilrechtes zuwider Savigny [36]) behauptet, daß der postremus dies kein anderer sein könne, als derjenige, in welchen der mathematische Endpunkt fällt, welcher also nur noch theilweise dem vorgeschriebenen Zeitraume angehört, indem er theils vor, theils hinter dem mathematischen Endpunkte liegt. Diese Behauptung soll durch die ähnliche Bedeutung des „extremus annus" bei den zum Zwecke der Berechnung der Dotalfrüchte gemachten Ehejahren unterstützt werden. Dagegen ist Folgendes zu erinnern [37]). Zwar

34) Unter anderen von Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 300, 304, 311, dessen Darstellung wir in dem Art. Verjährung Bd. XII, S. 424 flg. gefolgt sind, was wir hiermit nun berichtigen wollen. Erb a. a. O. S. 201 verlegt den ultimus dies bald auf den Neujahrstag, bald auf den Vorabend desselben, je nach Verschiedenheit der Fälle.

35) Diese Stellen sind: L. 1. D. 40. 1. L. 6. D. 41. 3. L. 15. pr. D. 44. 3. L. 6. D. 44. 7. L. 132. pr. D. 50. 16.

36) System Bd. 4, S. 359 flg.

37) Vgl. Bachofen a. a. O. S. 46, 47.

Digitized by Google

bezeichnet dieser annus extremus das nur noch theilweise der Ehe angehörende Jahr, in dessen Umfang die Trennung der Ehe liegt; es kann aber daraus für die Bedeutung des novissimus dies nichts gefolgert werden. Der Kalendertag ist das recipirte Zeitmaaß, nach welchem gerechnet wird. Daß nun der erste Kalendertag nur theilweise in den zu berechnenden Zeitraum fällt, ist für die Mehrzahl der Fälle einzuräumen; für den letzten kann dasselbe nie eintreten. Ganz anders bei einer Jahresrechnung. Die civile Zeitberechnung, welche sich auf die Tagrechnung stützt, ist für den extremus annus nicht in gleicher Weise, wie für den extremus dies, maßgebend. Die Bedeutung des novissimus dies ist aber ein Resultat des der civilen Berechnung zum Grunde liegenden Princips. Man kann einen willkürlichen Wechsel dieser Bedeutung in den Stellen aus den Schriften der römischen Juristen um so weniger annehmen, als man dann eine beliebige Mißachtung jenes Princips von Seiten der römischen Juristen voraussetzen würde. Dazu ist man aber um so weniger befugt, da die einfache Erwähnung des postremus dies in so manchen Stellen ohne beigefügte Erklärung einen festen, keinem Mißverständniß zugänglichen Sprachgebrauch voraussetzt [38]). 2) Was für den postremus dies gilt, ist auch auf die mit Ordinalzahlen bezeichneten Tage anwendbar. Wird nämlich, was in den Quellen des römischen Rechtes sehr oft geschieht, der Ablauf einer gewissen Tagezahl vorgeschrieben, so ist die Berechnung überall so anzuordnen, daß der Kalendertag, in dessen Lauf das Ausgangsereigniß fällt, als erster Tag selbst dann mitgezählt wird, wenn jenes in die letzten Momente desselben gefallen sein sollte. Dies ergiebt sich wieder mit Nothwendigkeit aus dem Princip der civilen Zeitrechnung, welche nur den Kalendertag beachtet, auf die in demselben enthaltenen Zeitmomente aber gar kein Gewicht legt. Auch hier würde die Annahme eines willkürlich wechselnden Sprachgebrauches das Princip der civilen Zeitberechnung selbst in Zweifel ziehen, die römischen Juristen der Dunkelheit und Unsicherheit im Ausdrucke beschuldigen und zuletzt einer willkürlichen, nur Beseitigung, nicht Erklärung der Stellen beabsichtigenden Auslegung Raum geben. Doch hat gerade Savigny [39]) zu beweisen gesucht, daß hierin der Sprachgebrauch der Römer schwanke und daß eben diese Zweideutigkeit des Ausdruckes zur Auflösung scheinbarer Widersprüche dienen könne. So viel giebt er jedoch selbst zu, daß das Mitzählen des ersten Tages die ältere und im täglichen Leben gebräuchlichere Art des Ausdruckes sei und daß, wo sie der Erklärung einer Stelle zum Grunde liege, diese Annahme am wenigsten

38) Das im civil. Magazin Bd. 5, S. 249 herausgegebene griechische Fragment sagt, derjenige, welcher testire „πρὸ μιᾶς τοῦ πληρωθῆνου τὸ τεσσαρεσκαιδέκατον ἔτος τῆς ἡλικίας μετὰ τὴν ἕκτην ὥραν τῆς νυκτός," testire „ἐν τῇ τελευταίᾳ ἡμέρᾳ τοῦ ιδ'. χρόνου." Das πρὸ μιᾶς (sc. ἡμέρας) bezeichnet den Tag vor dem Geburtstage und dieser Vorabend wird der letzte Tag genannt.

39) System Bd. 4, S. 361, 362 und Beilage XI, S. 602 flg.

Digitized by Google

einer besonderen Unterstützung bedürfe[40]). Bei Prüfung der einzelnen Stellen, welche jenen abweichenden, nicht mitzählenden Sprachgebrauch beweisen sollen, sind aus ihrer Anzahl zuerst diejenigen auszuscheiden, welche sich gar nicht auf die Zählung von Tagen beziehen[41]). Das Princip der civilen Zeitrechnung, welches zur Einrechnung des Ausgangstages nöthigt, leidet auf anderen Gebieten und bei der Zählung beliebiger anderweiter Gegenstände keine Anwendung. Hier kann daher leicht, wo es ohne Zweideutigkeit geschehen kann, bald die eine, bald die andere Zählungsweise angewendet werden. Andere Stellen, welche wirklich eine Zeitberechnung enthalten, beweisen deshalb nichts, weil sie auch unter Voraussetzung der Mitzählung erklärt werden können. Es ist nämlich, wovon später noch die Rede sein wird, Regel, daß überall, wo nicht ausdrücklich die Erreichung (oder nach der Ausdrucksweise unserer Juristen, Erfüllung) einer Frist als hinreichend dargestellt ist, der Ablauf derselben gefordert wird. Der Ablauf ist aber nicht erst mit Eintritt des mathematischen Endpunktes, sondern stets schon mit der vorhergehenden Mitternachtsstunde vorhanden. Indessen gab es Fälle, in welchen man die bloße Erreichung des letzten genannten Termins für hinreichend erachtete und dessen Ablauf nicht forderte. So kam zuletzt von dieser Seite ein Schwanken in gewisse Zahlenbezeichnungen, welches man ohne Grund auf Rechnung einer vorgeblichen Willkür in Einrechnung oder Auslassung des ersten Tages schrieb. Cäsar verstand, als er in seinem Edict die Anordnung der Schaltjahre mit den Worten ausdrückte: „ut quarto quoque anno — annuo intercalarent diem," darunter nach dem Zeugniß des Macrobius[42]): „quarto q. a. confecto," während die Pontifices es irrig „incipiente" auslegten; so daß Augustus zur Beseitigung des Irrthums später verordnete, die Einschaltung solle geschehen „quinto quoque incipiente anno." Der Irrthum kam hier nicht von dem Einrechnen oder Nichteinrechnen des ersten Jahres, welches ja nicht blos theilweise, sondern in seinem ganzen Umfange der zu berechnenden Frist angehören sollte; sondern blos von der Verwechselung des Ablaufes des letzten Jahres mit dem bloßen Eintritte desselben. In einer anderen Stelle des Macrobius[43]) wird die Einrichtung der griechischen Schaltperioden erklärt. Er berichtet, daß die Griechen auf einen Zeitraum von 8 Jahren 90 Tage einschalteten und gebraucht dafür die Ausdrücke: „ut octavo quoque anno nonoginta dies .... intercalarent." Auch hier kann nur: octavo q. a. confecto, mithin nono incipiente verstanden sein. Nicht anders ist der unmittelbar nachher gebrauchte Ausdruck: „tertio quoque octennio ita intercalandos dispensabant dies, ut non XC, sed LXVI

40) Ebd. S. 615, 616. Aehnlich Unterholzner a. a. O. S. 310.

41) Es gehören hierher mehrere der bei Savigny S. 608 flg. angeführten Stellen.

42) Saturn. Lib. I. cap. 14.

43) Saturn. Lib. I. cap. 13.

Digitized by Google

intercalarent" zu erklären. — Daſſelbe gilt von einer Stelle des Varro[44]) und von einer des Cicero[45]). Da das lustrum fünf volle Jahre umfaßt, ſo konnte der Ausdruck „quinto quoque anno" in dem Sinne von „quinto q. a. confecto" gebraucht werden, ohne daß ein Mißverſtändniß zu befürchten war. — Pſeudo-Aſconius[46]), welcher ein Mal den Ausdruck: „quinto quoque anno" (scil. Caesares creari solebant) braucht, fügt bald darauf noch „completo" hinzu: iidem completo quinquennio urbem lustrabant. — Wenn ferner Cicero[47]) ſchreibt: „Ei (scil. Pompeio) tamen sic nunc solvitur: tricesimo quoque die talenta attica XXXIII, et hoc ex tributis, nec id satis afficitur ad usuram menstruam," ſo zeigt ſchon der Ausdruck „monatliche Zinſen" für Zahlungen in 30tägigen Terminen, daß hier der Ablauf des 30ſten Tages verſtanden iſt[48]). Das Mitrechnen des Ausgangstages bildet ſomit die Grundlage aller dieſer Ausdrücke. In den Schriften der Juriſten namentlich darf man an eine andere Berechnung nicht denken, als an diejenige, welche ſich mit Nothwendigkeit aus dem Princip der civilen Zeitrechnung ergiebt. Die Annahme einer abweichenden Berechnung kann daher nur als Nothſtütze eines unrichtigen Syſtems angeſehen werden. — Die römiſchen Juriſten und Geſetzgeber erachten bei der Bezeichnung und Anordnung einer Friſt die nähere Bezeichnung des Syſtems ihrer Berechnung niemals für nöthig, ſondern begnügen ſich vielmehr damit, den Anfangstag in verſchiedenen Ausdrücken (ex quo, postquam etc.) zu bezeichnen. Auch dieſes läßt ſich nur aus der Annahme einer feſten unabänderlichen Rechnungsweiſe erklären. Daneben fehlt es übrigens nicht an Friſtbezeichnungen, welchen erweislichermaßen die Mitrechnung des Kalendertages, in deſſen Lauf das Ausgangsereigniß fällt, zu Grunde liegt. So ſagt Ulpian[49]): „Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit." Die Bezeichnung „ex die latae sententiae wechſelt ab mit der anderen: „statim tempora ad appellandum computari debere"[50]) und, was völlig entſcheidend iſt, mit den Worten „ut vel altera die vel tertia provocetur"[51]). Der dies latae sententiae

44) Varro, de ling. lat. Lib. VI. §. 11. (ed. Müller) „Lustrum ... tempus quinquennale ... quod quinto quoque anno vectigalia ... persolvebantur."

45) Cicero, in Pisonem cap. 5. „quam potestatem minuere, quo minus de moribus nostris quinto quoque anno iudicaretur nemo ... conatus est."

46) In divinat. Ovell. Sch. p. 103.

47) Cicero ad Atticum Lib. VI. ep. 1.

48) Savigny beruft ſich noch auf Columella V. 8. „nam quamvis non continuis annis, sed fere altero quoque fructum efferat" und Celsus, de medic. III. 21. „utilis quotidianus aut altero quoque die post cibum vomitus est." In der erſten Stelle wird eine zweijährige Friſt einer einjährigen, in der letzten eine zweitägige Friſt einer eintägigen entgegengeſetzt.

49) L. 1. §. 5. D. 49. 4.

50) L. 1. §. 5. D. 49. 4.

51) L. 1. 6. §. 6. 12. D. 49. 4.

Digitized by Google

gilt mithin als der erste jenes biduum oder triduum. Ja selbst der Umstand, daß das Urtheil am Ende der Gerichtssitzung, also wohl spät am Tage gefällt wird, ändert an jener Berechnungsweise gar nichts, vorausgesetzt nur, daß sich der Richter nach gefälltem Urtheil nicht so schnell zurückzog, daß der Appellant ihm sein Appellationsgesuch nicht mehr vortragen konnte[52]). Nicht anders sind die Worte: „illico autem, id est, intra triduum proximum, sine ulla dilatione compelli... arbitros eligere“[53]) zu erklären. Daß der Tag der stattgehabten Recusation in das triduum proximum eingerechnet wird, das beweist das „illico“ und das „sine ulla dilatione“. Justinian setzt an die Stelle des alten annus utilis ein quadriennium continuum als Frist für das Nachsuchen um Restitution[54]). Der Ausgangstag, von welchem an jene vier Jahre zu berechnen sind, wird so bezeichnet: „quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat....“ Dieser annus utilis aber „incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit....“ Offenbar wird hier (um bei dem angenommenen Beispiele zu bleiben) der Neujahrstag des Jahres 26 als erster Tag in jene Restitutionsfrist von vier Jahren eingerechnet. Hierin liegt zugleich die Bestätigung der Behauptung unter 1) daß nämlich der erste Januar nicht der dies novissimus der minor aetas, wie Savigny behauptet, sondern vielmehr der erste Tag der Restitutionsfrist ist. — Für das Anbringen der Excusation von einer übertragenen Vormundschaft werden 50 Tage gegeben, welche dem Belasteten von dem Tage der erhaltenen Nachricht an gerechnet werden; dies drückt Modestinus so aus: „*Αἱ δὲ πεντήκοντα ἡμέραι συνημμέναι ψηφίζονται, ἀρχόμεναι ἀπὸ τοῦ καιροῦ τῆς γνώσεως ἐν ᾧ τις ἔγνω, ἑαυτὸν δίδοσθαι*“[55]). Deutlicher als mit dem bloßen *ἀπό* wird hier durch *ἀρχόμεναι ἀπο* die Einrechnung des Tages der erhaltenen Kenntniß in die 50 Tage anbefohlen. — Nach diesen Vorgängen ist der oben aufgestellten Regel auch überall da Folge zu geben, wo der Tag des Ausganges ganz einfach durch die Ausdrücke: ex, post, postquam bezeichnet ist. Wenn Callistratus[56]) sagt: „peragendo negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt,“ — Tryphonius[57]) „intra annum, ex quo reipublicae causa abesse desierat,“ — Ulpian[58]) „triennium ad legati praestationem ex die testamenti facti numerabimus“ und[59]) „dies autem XXX continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles,“ ferner[60]):

52) L. 1. §. 7—10. D. 49. 4.
53) L. 18. C. III. 2.
54) L. 7. C. de tempor. in integr. restit. II. 52. (53.)
55) L. 13. §. 9. D. 27. 1.
56) L. 38. D. 27. 1.
57) L. 44. D. 27. 1.
58) L. 49. §. 1. D. 30.
59) L. 1. §. 9. D. 25. 3.
60) L. 29. §. 3. D. 48. 5.

Digitized by Google

„sed mensium haec sit separatio, ut in nupta quidem ex die divortii sex menses computentur, in vidua vero ex die commissi criminis," — Julian[61]): „quanti in anno proximo homo plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus," so ist in diesen, so wie in allen ähnlichen Stellen, der Kalendertag als erster mitzuzählen, in dessen Verlauf das mit ex eingeleitete Ereigniß fällt. Ganz in demselben Sinne, wie ex, wird der Ausdruck a gebraucht[62]). Abwechselnd und gleichbedeutend mit diesen Ausdrücken findet sich post[63]). Dasselbe gilt von postquam[64]). Der völlig willkürliche Wechsel dieser verschiedenen Ausdrücke wäre, unter Voraussetzung eines schwankenden Rechnungsprincips, weder denkbar, noch entschuldbar. 3) Die Regel des Civilrechtes, wonach kleinere Zeittheile, als Kalendertage, nicht berücksichtigt werden, gestaltet sich also für die Berechnung des Anfangs einer Frist so, daß immer der Kalendertag, in dessen Grenzen der Ausgangspunkt fällt, als erster mitgezählt wird. Hieraus hat man geschlossen, daß es ebenso für den letzten Tag genüge, wenn derselbe nur eingetreten sei, daß also die Erfüllung einer vorgeschriebenen Frist dessen Ablauf nicht erfordere. Die Neueren drücken dies durch die Regel aus: dies ultimus coeptus habetur pro completo[65]). Zur Bildung dieses Schlusses hat die Annahme der Untheilbarkeit und juristischen Einheit des Kalendertages das Meiste beigetragen. Mit dem Grunde muß aber die Folge fallen. Wird auch eine größere Genauigkeit, als die in der Angabe des Kalendertages liegende, nicht beachtet, so ist doch der Ablauf desselben zur Erfüllung jeder Frist erforderlich und dieser Ablauf läßt sich vor Zurücklegung aller dem Kalendertage angehörender Momente nicht behaupten. Auch der erste Tag ist diesem Erfordernisse ohne Ausnahme unterworfen, nur der Anfang desselben kann möglicher Weise dem Ausgangspunkte vorangehen. In den Quellen des römischen Rechtes finden sich überdies viele Stellen, welche den Sinn einer vorgeschriebenen Frist dahin auslegen, daß dieselbe in allen

---

61) L. 51. §. 2. D. 9. 2.

62) Z. B. in L. 2. C. VII. 54. von Justinian: „... ultra quatuor menses a die condemnationis, vel, si provocatio fuerit secuta, a die confirmationis sententiae numerandos."

63) Dies ergiebt sich unzweideutig aus der Vergleichung von §. 1 mit §. 9 der L. 9. D. 25. 3. Was Ulpian in §. 9 durch „dies XXX ... ex die divortii" bezeichnet, nennt er in §. 1 „intra dies XXX post divortium connumerandos." In L. 10. pr. D. 27. 1. braucht Modestinus den Ausdruck: „*μετὰ τὸ ἐπανελθεῖν*," in L. 10. §. 3. D. eod. hingegen zur Bezeichnung derselben Frist die Worte: „*ἐξ ὅτου τις ἐπανῆλθεν.*"

64) Vgl. z. B. L. 22. §. 2. C. VI. 30. „..... omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra XXX dies post apertas tabulas vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognaverit, numerandos, exordium capiat inventarium ..."

65) Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 296. S. auch den Artikel Verjährung Bd. XII, S. 424 flg. Die Darstellung in diesem Artikel wird hiermit durch das oben im Texte Vorzutragende berichtigt.

Digitized by Google

ihren Theilen zurückgelegt, also überschritten sein müsse. Einige derselben sind hier vorerst zusammenzustellen. a) Ein Alter von 17 Jahren wird zu dem ius postulandi erfordert. Ulpian drückt dies durch die Worte aus: „... minorem annis XVII, qui eos non in totum complevit, prohibet postulare“ [66]). In den Worten „in totum complevit“ liegt eben die Einschärfung des Satzes, daß die 17 Jahre in allen ihren Theilen zurückgelegt sein müssen, namentlich also, daß der bloße Anbruch des letzten Tages nicht genügt. Mehr aber, als der Ablauf des novissimus dies in dem entwickelten Sinne, wird zu dem complere nicht verlangt. Insbesondre braucht der Eintritt des mathematischen Endpunktes nicht abgewartet zu werden. Nach der civilen Berechnungsart ist die Zeit der 17 Jahre mit der zunächst vorangehenden Mitternachtsstunde völlig abgelaufen. b) Zur Giltigkeit der Ehe gehört von Seiten der Frauensperson ein Alter von 12 Jahren [67]). Es wird gesagt: „Minorem annis XII nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset XII annos.“ Legitim wird die Ehe eines Frauenzimmers unter 12 Jahren erst, wenn sie im Hause des Mannes jenes gesetzliche Alter zurückgelegt hat, d. h. wenn der 31. December des Jahres 12 verflossen ist. Zur Bezeichnung dieses Ablaufes bedient sich Justinian [68]) der Worte: nuptiarum aetas... vel feminis post duodecimum annum accesserit, vel maritus post quartum decimum completum.“ c) 70 Jahre excusiren von der Uebernahme der Tutel oder Curatel. Modestinus [69]) faßt diese Regel in die Worte: „*Ἀφίενται ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας καὶ οἱ ἑβδομήκοντα ἔτη πεπληρωκότες*,“ und erklärt dieses *πεπληρωκότες*, was dem obigen explere, complere völlig entspricht, durch: „*ὑπερβεβηκέναι δὲ δεῖ τὰ ἑβδομήκοντα ἔτη*.“ Ebenso findet sich „*ἐκβάντων*“ [70]), und *πληρώσας* wird durch *ὑπερβάς* erklärt [71]). Die Behauptung des genannten Juristen bestätigt Ulpian [72]). Auch hier ist wieder hervorzuheben, daß das *πληρῶσαι*, das *ὑπερβεβηκέναι* und das egressum esse nicht erst mit Zurücklegung des mathematischen Endpunktes, sondern nach der civilen Zeitrechnung schon einige Stunden früher mit Ablauf unseres novissimus dies stattfindet. d) Die Testirfähigkeit setzt bei einem Manne ein Alter von 14 Jahren voraus. Sie müssen zurückgelegt sein. Es heißt in einer Stelle [73]): „... quodsi testamenti facti tempore minor XIV annis inveniatur, puto tempus annua bima trima die praestationis ex die completi quarti decimi anni

66) L. 1. §. 3. D. 3. 1.
67) L. 4. D. 23. 2.
68) L. 24. C. V. 4.
69) L. 2. pr. D. 27. 1.
70) L. 2. §. 9. D. 27. 1.
71) L. 8. §. 2. D. 27. 1.
72) L. 3. D. 50. 6.
73) L. 49. §. 3. D. 30. 1.

Digitized by Google

statim cedere.“ Dieſelben Ausdrücke finden ſich in anderen Stellen[74]). e) Hierher gehören auch alle diejenigen Stellen, in welchen die Erfüllung irgend einer Friſt durch die Ausdrücke: „transacto tempore“[75]), „transire“[76]), „temporis spatium emensum“[77]) und andere ähnliche bezeichnet iſt. Vor Ablauf des letzten Kalendertages der Friſt iſt dieſelbe nicht als ein tempus transactum zu betrachten. f) Die lex Aelia Sentia verbot einem paterfamilias unter 20 Jahren zu manumittiren, was Juſtinian dahin abänderte, daß künftig nur ein Alter von 17 Jahren zu der teſtamentariſchen Freilaſſung nöthig ſein ſolle. In den Inſtitutionen[78]) wird dies in den Worten ausgedrückt: „.... non aliter minori XX annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septimum et decimum annum impleverit, et octavum decimum annum tetigerit.“ Nach letzterem Zuſatze muß der letzte Kalendertag völlig zurückgelegt ſein. Angetreten aber iſt das 18. Jahr ſchon mit der Mitternachtsſtunde vor Eintritt des mathematiſchen Endpunktes. g) Fünf Jahre nach dem Tode eines Menſchen ſoll über deſſen status keine quaestio mehr erhoben werden. Es wird daher dieſe quaestio als giltige anerkannt[79]), wenn ſie angebracht iſt, „prius quam id temporis spatium excederat; als ungiltig, wenn „quinquennium a die mortis eius excessit“[80]). Es wäre völlig willkürlich, dieſes excedere in irgend einem früheren Punkte anzunehmen vor Eintritt der Mitternachtsſtunde, welche dem mathematiſchen Endpunkte zunächſt vorangeht. h) Ein Fall findet ſich in den Rechtsquellen, welcher als beſtimmt anerkannte Ausnahme die Regel in allen ihren Theilen beſtätigt. In einer Stelle[81]) wird in Bezug auf die Regel des öffentlichen Rechtes, daß vor dem 25. Jahre öffentliche Aemter nicht übernommen werden können, geſagt: „Annus autem vicesimus quintus coeptus pro pleno habetur; hoc enim in honoribus favoris causa constitutum est, ut pro plenis inchoatos accipiamus.“ Daß hier gar keine Frage der Computation, ſondern vielmehr eine abſichtliche Abweichung von der Regel vorliegt, wird nicht nur in der Stelle ausdrücklich geſagt, ſondern auch namentlich durch den Umſtand bewieſen, daß es ſich hier nicht um den letzten Kalendertag, ſondern um ein ganzes Jahr handelt, was ja nicht als Maaß der Zeitberechnung aufgeſtellt iſt. Dennoch ſcheint gerade aus dieſer Stelle, namentlich aus den Worten „coeptus pro pleno habetur“ (sc. annus) die von den Neueren aufgeſtellte Regel „tempus coeptum pro pleno habetur“ abgeleitet worden zu ſein. i) Die

74) §. 7. Inst. I. 6. L. 2. C. VII. 64.
75) L. 3. C. ex quib. caus. infam. irrog. III. 11. (12.)
76) L. 5. C. de tempor. in integr. restit. II. 52. (53.)
77) L. 3. C. IV. 66.
78) §. 7. Inst. I. 6.
79) L. 4. C. VII. 21.
80) L. 6. C. VII. 21.
81) L. 8. D. 50. 4.

Digitized by Google

Regel des unter allen Umständen erforderten Ablaufes der Fristen wird von den römischen Juristen so sehr festgehalten, daß sie dieselbe selbst der Erklärung an sich zweifelhafter Ausdrücke zum Grunde legen. Dies bezieht sich vorzüglich auf das Wort „intra." Auch diesem ist nur durch den völligen Ablauf der bezeichneten Frist genügt. So wird das Versprechen einer Geldsumme unter der Bedingung „si intra biennium Capitolium non adscenderis" von Celsus[82]) und Pomponius[83]) dahin ausgelegt „ut non nisi praeterito biennio recte petam." Eine weitere Anwendung derselben Regel enthält eine Stelle von Ulpian[84]): „Si quis sic dixerit, ut intra diem mortis eius aliquid fiat, ipse quoque dies, quo quis mortuus est, numeratur." Erst nach Ablauf dieses Tages wird über Erfüllung oder Nichterfüllung des Versprechens geurtheilt werden können. Diesem Grundsatze gemäß wird der Gegensatz von intra annum durch praeterito anno ausgedrückt von Tryphonius[85]). In einer anderen Stelle[86]) werden intra continuum biennium und post biennium entgegengesetzt, was deutlich beweist, daß „intra" bis zu dem Punkte reicht, in welchem der genannte Zeitraum völlig zurückgelegt ist. Demnach ist die allgemeine Regel aufzustellen, daß das Wort intra in allen Anwendungen stets den Ablauf der mit ihm verbunden genannten Frist erfordert. Wenn es daher in den Institutionen[87]) heißt, die zu Tutoren Ernannten hätten ihre Excusationen vorzubringen: „intra dies L continuos, ex quo cognoverunt," so werden sie noch während des ganzen 50sten Tages gehört werden müssen. Der Vorschrift[88]), nach welcher das von den Erben schon intra triginta dies entworfene Inventarium „intra alios sexaginta dies" vollendet werden muß, ist völlig genügt, wenn auch die Vollendung in die letzten Minuten des 60sten Kalendertages fallen sollte. Die Bedingung: „Si intra diem veniret" wird so ausgelegt, daß die Sache auch noch an dem ganzen fraglichen Tage gekauft werden kann[89]). Wenn ferner die bonorum possessio „intra dies centum" erbeten werden muß, so heißt dies, daß sie auch in jeder Stunde des 100sten Tages noch zeitig genug verlangt wird. Gerade für diesen Fall bestätigt Ulpian[90]) die Bedeutung von intra ausdrücklich, mit der Bemerkung, daß „in diebus centum" ganz denselben Sinn gebe. „Quod dicimus, intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit, quemad-

82) L. 90. D. 45. 1.
83) L. 27. §. 1. D. 45. 1.
84) L. 133. D. 50. 16.
85) L. 44. D. 27. 1.
86) L. 8. C. de dolo malo II. 20. (21.) Vgl. L. 1. §. 7. D. 25. 3.
87) §. 16. Inst. I. 25.
88) L. 22. C. VI. 30.
89) L. 52. §. 11. D. 17. 2.
90) L. 1. §. 9. D. 38. 9.

Digitized by Google

modum intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sint. Idem est, et si in diebus centum dicatur.“ Diese Stelle ist für die grammatische Bedeutung des Wortes intra völlig entscheidend. Savigny[91]) findet in ihr Grundsätze ausgesprochen, welche ihr fremd sind. Er begnügt sich nicht damit, in den Worten Ulpian's die einfache Bemerkung zu sehen, mit „intra dies centum“ seien nicht etwa weniger als 100 Tage, sondern volle 100 Tage gemeint; er will auch noch die Berechnung dieser Frist darin so festgestellt finden, daß der Tag, an welchem der Berufene die angefallene bonorum possessio erfahren hat, von Ulpian nicht mitgezählt werde. Dieses führt dann weiter zu der Behauptung, daß der centesimus dies ebenso gut auch novissimus oder centesimus et primus hätte genannt werden können. Nach dem früher Bemerkten kann der novissimus dies von centum dies niemals der centesimus primus, sondern immer nur der centesimus sein. Davon handelt aber die Stelle gar nicht. Einrechnung oder Nichteinrechnung des ersten Tages wird von Ulpian gar nicht berührt, sondern schlechtweg die Frage, ob der mit intra verbundene Tag noch in der gestatteten Frist mit inbegriffen sei, bejahend beantwortet, gerade wie dies in einer anderen Stelle[92]) in Beziehung auf den Ausdruck: intra diem mortis geschieht. So wie mit intra, so wird auch mit dem ebenfalls unsicheren Ausdrucke: „pervenire ad tempus quoddam“ die Nothwendigkeit des Ablaufes der genannten Zeitfrist verbunden. Die Fideicommißbedingung „cum ad annum sextum decimum pervenerit“ begleitet Marcellus[93]) mit der Bemerkung: „non putabam, diem fideicommissi venisse, cum sextum decimum annum ingressus fuisset, cui erat relictum, cum ad annum sextum decimum pervenisset. Et ita etiam Aurelius Imperator Antonius ad appellationem ex Germania iudicavit.“ Es findet sich eine ganz mit dieser Regel übereinstimmende Entscheidung des Kaisers Alexander Severus[94]). Die Worte „cum ad legitimam aetatem pervenerit“ werden erklärt als die Bezeichnung der Zeit „quo Severina vigesimum quintum annum aetatis implesset.“ Der Kaiser fügt hinzu: „Non coeptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractatur, expectandum esse, prudentibus placuit.“ Die letzten Worte sind nicht so auszulegen, als stellten sie die Nothwendigkeit des Zeitablaufes als eine ausnahmartige Folge der Natur des Fideicommisses dar. Dieser wird nur die untergeordnete Bedeutung zugeschrieben, jene an sich gewöhnlichere Bedeutung des Ausdruckes auch als die vom Erblasser wahrscheinlich gedachte darzustellen. Der Ausdruck: „cum quatuordecim annorum erit“ ist völlig gleichbedeutend mit dem erklärten „cum ad annos XIV pervenerit“[95]), dient also diesem

91) System Bd. 4, S. 402—404.
92) L. 133. D. 50. 16.
93) L. 48. D. 35. 1.
94) L. 5. C. VI. 53.
95) Vgl. L. 49. pr. §. 1. D. 30.

Digitized by Google

zur Erklärung. Bekannt und durch früher angeführte Stellen bewiesen ist, daß die Testirfähigkeit der Männer an die Zurücklegung von 14 Jahren, die der Frauenspersonen an die Zurücklegung von 12 Jahren gebunden ist. Hiermit hängt zusammen, was Ulpian[96]) von der Pupillarsubstitution sagt: „Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad XIV annos perveniant, feminae ad XII." Auch hier ist pervenire ganz wie complere gebraucht. Paulus[97]) berichtet von einem Rechtsstreite, welcher über die Bedeutung des Ausdruckes: „cum ad annum vicesimum aetatis pervenisset" entstand; dieser wurde in erster Instanz von dem Provinzialstatthalter zu Gunsten der Klägerin so entschieden, als enthalte jener Ausdruck das Erforderniß des zurückgelegten 20sten Jahres; in zweiter Instanz entschied aber der Kaiser gegen die Klägerin, davon ausgehend, daß die Worte eine billige Auslegung der Absicht des Erblassers verlangten („motus et aequitate rei et verbis testamenti, si ad annum vicesimum aetatis"), so, daß in jenem Ausdrucke nur der Eintritt, nicht aber die Zurücklegung des 20sten Jahres zur Bedingung gemacht sei. Der Jurist selbst hatte vor dem Kaiser das Gesuch der abgewiesenen Klägerin vertheidigt und giebt auch in seiner Aufzählung der von dem Gegner vorgebrachten Beweise deutlich genug zu erkennen, daß er durch dieselben die Abweichung von der gewöhnlichen, recipirten Auslegung des fraglichen Ausdruckes nicht für gerechtfertigt halte. — Alle diese, den Sinn der Worte „intra" und „pervenire ad annum quendam" betreffenden Stellen enthalten übrigens kein Princip der Computation, sondern einzig und allein die Auslegung der fraglichen Ausdrücke. Die Wichtigkeit dieser Wortauslegung in Bezug auf Zeitverhältnisse zeigt sich auch noch in anderen Stellen[98]). Da nach dem Bisherigen die Ausdrücke intra dies C, in diebus C, cum ad centesimum diem pervenerit, usque ad dies C, sämmtlich nicht etwa nur den Eintritt, sondern den Ablauf des hundertsten Tages verlangen, so ist auch die Behauptung Savigny's[99]) und Anderer nicht haltbar, nach welchen die Ueberschreitung einer Frist nur da verlangt sein soll, wo durch besondere Ausdrücke, namentlich durch das Wort maior (z. B. LXX, LV, XXV annis) dieses Erforderniß hervorgehoben wird. Denn

96) L. 2. pr. D. 38. 6.

97) L. 74. §. 1. D. 36. 1.

98) Z. B. in L. 49. D. 35. 1.: „Si in annos decem heres dare damnatus, aut quis liber esse iussus est, novissimo eius temporis die legatum debebitur et libertas obtinget." Die Worte „in annos decem" werden mit Recht anders ausgelegt, als „post annos decem". Diesem letzteren Ausdrucke würde nur durch den Ablauf des novissimus dies (31. December) genügt sein.

99) System Bd. 4, S. 352. Auch Erb a. a. O. S. 236 flg. stellt den Satz auf, das Civilrecht verlange das Ueberschreiten des Zeitraumes nicht, wohl aber die Vollendung desselben. Dieses Unterscheiden von excedere und complere ist unhaltbar, wie sich schon aus der Vergleichung von pr. Inst. I. 22. mit L. 3. C. V. 60. L. 4. C. VI. 22. ergiebt.

Digitized by Google

„maior“ bedeutet in der That nicht mehr, als alle obigen Ausdrücke. Der Ablauf der Frist, d. h. der Eintritt der dem mathematischen Endpunkte vorangehenden Mitternachtstunde genügt hier wie dort. So wird in früher angeführten Stellen maior LXX annis derjenige genannt, „qui septuagesimum annum complevit.“ In anderen Stellen steht maior völlig gleichbedeutend mit non minor, wodurch deutlich bewiesen wird, daß der Eintritt der maior aetas nicht etwa den Ablauf einer größeren Frist verlangt, als die Beendigung der minor aetas. Mit anderen Worten: es giebt keinen auch noch so kleinen Zeitraum, welcher die maior und die minor aetas von einander trennte und selbst keiner der beiden Stufen angehörte. So wird in den Institutionen [100]) gesagt: „... minor XXV annis tutor testamento datus tutor erit, cum ... maior XXV annis factus fuerit.“ In demselben Momente, in welchem die Minorennität aufhört, in demselben beginnt die Majorennität. Der Eintritt der letzteren fordert nicht etwa den Ablauf eines Kalendertages noch außer der schon beendigten minor aetas. Auf der anderen Seite findet sich der negative Gedankenausdruck mit minor „minor XIV annis testamentum facere non potest“ völlig in denselben Worten, wie der positive mit maior, erklärt, nämlich durch „implesse defunctum quartum decimum annum debere“ [101]). Der bekannte Satz, daß minores XXV annis unter Curatel stehen, wird in den Institutionen [102]) in den Worten gegeben: „masculi puberes et feminae viripotentes usque ad XXV annum completum curatores accipiunt.“ Diesem entsprechend findet sich in einer Coderstelle [103]): „Rationes curae administratae ante impletum quintum et vicesimum annum durante officio posci iure non posse, manifestum est,“ und in einer anderen [104]): „post impletam minorem aetatem, id est, post XXV annos.“ Nach diesem Allem ist überall, wo von maior certo annorum numero ohne weitere Erklärung die Rede ist, der Ablauf des letzten Kalendertages, d. h. der Eintritt der dem mathematischen Endpunkte zunächst vorangehenden Mitternachtstunde abzuwarten [105]). Ebenso ist der negative Ausdruck minor auszulegen [106]). — Bisher ist, auf Grund der Worte des Paulus in L. 134. D. 50. 16. versucht worden, theils den wahren Sinn der Civilcomputation darzu-

---

100) §. 2. Inst. II. 14.
101) Vgl. L. 2. C. VII. 64.
102) Pr. Inst. I. 23.
103) L. 14. C. V. 37.
104) L. 3. C. V. 73.
105) Diese Regel muß z. B. angewendet werden in L. 10. D. 48. 18.: „De minore XIV annis quaestio habenda non est,“ — in L. 3. C. qui aetate X. 50. (49.): „Manifesti iuris est, maiores quinquaginta quinque annis invitos ad munera personalia vocari non posse,“ und in vielen anderen Stellen.
106) Hierher gehören die Bestimmungen der Nov. 123. cap. 13. über das zur Erlangung der geistlichen Weihen erforderliche Alter. Der griechische Ausdruck *οὐκ ἐλάττων τῶν τριάκοντα ἐνιαυτῶν* entspricht ganz genau dem lateinischen non minor triginta annis.

Digitized by Google

legen und ihn gegen die unrichtigen Ausdrucksweisen neuerer Juristen zu wahren, theils die mit der Zeitberechnung in Verbindung stehende Terminologie auf feste Grundsätze zurückzuführen. Es ist nun zur Erklärung der weiteren Stellen überzugehen. 4) Einen merkwürdigen Ausspruch des alten Juristen Q. Mucius Scävola über die Unterbrechung der Usucapion einer nicht in manu mariti stehenden Ehefrau haben uns Gellius[107]) und Macrobius[108]) aufbewahrt. „Q. quoque Mucium Scaevolam dicere solitum legi, lege non esse usurpatam mulierem, quae Kalendis Ianuariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Kalendas Ianuarias sequentes usurpatum esset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabulis deberet: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis“[109]). Um die Usucapion gehörig zu unterbrechen, mußte die Frau nach einem durch die 12 Tafeln bestätigtem Grundsatze jedes Jahr wenigstens drei volle Nächte außer dem Hause ihres Mannes zubringen. Hat das Zusammenleben im Laufe des 1. Januar begonnen, so ist, wenn man vorerst nur nach dem allgemeinen Princip, nicht nach den Worten der Stelle entscheidet, das Jahr mit Eintritt der Mitternachtstunde vom 31. December auf den 1. Januar abgelaufen. Die sechs letzten Stunden dieser Nacht gehören nicht mehr zu dem ersten, sondern schon zu dem zweiten Ehejahre. Hieraus folgt, daß die Frau, welche am 29. December das Haus ihres Mannes verläßt, im ersten Jahre nicht volle drei Nächte, sondern nur zwei ganze Nächte, die vom 29. auf den 30. und vom 30. auf den 31. December und die Hälfte der dritten, der vom 31. December auf den 1. Januar, außerhalb zugebracht hat, mithin nun usucapirt, d. h. in manum gekommen ist. Diese Entscheidungen enthalten nun auch die Worte des Scävola. Dennoch sind sie, so klar und einfach sie auch sind, zum Theil mit Absicht falsch verstanden worden. So versteht Reinfelder unter „ante diem IV.“ nicht diesen Tag selbst, d. h. den 29. December, sondern, seiner besseren Kenntniß der Bedeutung von ante in jener Verbindung zum Trotz, einen beliebigen Tag vor dem 29. December. In der Entscheidung des Scävola findet sich das Princip der civilen Zeitberechnung vorausgesetzt[110]) und, ohne selbst ausgesprochen zu sein, auf den Fall der usurpatio mulieris angewendet. Von der Vollendung der Usucapion sprechen auch Venulejus und

---

107) Noct. Att. Lib. III. cap. 2.

108) Saturn. Lib. I. cap. 3.

109) Verschiedene Auslegungen der Stelle bei Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 302. Reinfelder a. a. O. S. 166 fig. Savigny a. a. O. S. 364—367. Bachofen a. a. O. S. 65. Wir folgen der der beiden letzteren.

110) Die Ueberschrift des erwähnten Kapitels aus Gellius lautet: „Quid Q. Mucius scripserit super ea muliere, quam maritus non iure usurpavisset, quia rationem civilis anni non habuerit.“

Digitized by Google

Ulpian. Die Stelle des Venulejus[111]) lautet: „In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad capiendum constitutum tempus.“ Die richtige Auslegung dieser Stelle hängt wesentlich von der richtigen Bestimmung des novissimus dies ab. Dieser ist nun nicht anders abzufassen, als oben ausgeführt worden ist. Es ist darunter nicht der Kalendertag zu verstehen, in dessen Verlauf der mathematische Endpunkt der Usucapion fällt, mithin nicht der 1. Januar irgend eines folgenden Jahres; denn dieser liegt, nach dem klaren Zeugnisse des Scävola bei Gellius, schon in dem folgenden Jahre, kann mithin unmöglich der novissimus dies des letzten sein; sondern es ist darunter der 31. December zu verstehen, und daher sind die Worte des Venulejus so zu erklären: Die Vollendung der Usucapion verlangt nicht einen bis zum Ablaufe des 31. December fortgesetzten, sondern nur bis in den Beginn desselben sich erstreckenden Besitz. Genau genommen soll also die am 1. Januar begonnene Usucapion einer beweglichen Sache mit Eintritt der Mitternachtstunde, welche den 30. December desselben Jahres schließt, vollendet sein[112]). Mit dieser Behauptung des Venulejus steht die des Scävola in offenbarem Widerspruche. Denn ist die Usucapion schon mit dem Beginn des 31. December vollendet, so könnten nicht nur die posteriores sex horae tertiae noctis, sondern selbst schon die posteriores sex horae secundae noctis der Frau nicht mehr zu Gute gerechnet werden[113]). Venulejus ist sich übrigens seines Widerspruches gegen eine andere Meinung, welche den Ablauf des letzten Tages (31. December) verlangte, wohl bewußt, sonst würde er sich nicht so nachdrücklich gerade gegen diesen Ablauf erklären. Diese abweichende Meinung des Venulejus wird durch die Worte „in usucapione ita servatur“ als eine durch theoretische und praktische Autoritäten unterstützte Lehrmeinung dargestellt. Ulpian spricht sich über die Beendigung der Usucapion in zwei Stellen aus[114]), wovon die erste zur Edictsmasse, die zweite zur Sabinusmasse gehört, aber wegen ihres Inhaltes gleich hinter der anderen in dem betreffenden Digestentitel eingeschaltet wurde. Die erste lautet: „In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus.“ Die andere: „Ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Ianuariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Ianuarias implet usucapionem.“ Es fragt sich, für welche jener beiden Lehren Ulpian sich erklärt habe. Die Antwort ist: Ulpian hat sich für die Lehre des

111) L. 15. pr. D. 44. 3.

112) Vgl. Bachofen a. a. O. S. 66.

113) Vgl. Bachofen S. 66 flg. Hiernach ist das von uns im Artikel Verjährung Bd. XII, S. 424 flg. Gesagte zu berichtigen. Gar keinen Widerspruch behaupten, außer Savigny S. 370, auch Göschen, Vorlesungen Bd. 1, S. 589, 590. Erb S. 226.

114) L. 6. 7. D. 41. 3.

Scävola, gegen die des Venulejus erklärt[115]). Ulpian's Worte erhalten, im Lichte der Polemik gegen die letzte Meinung betrachtet, erst ihre volle Würdigung. Savigny[116]) verwechselt auch hier wieder den postremus dies mit dem ersten Tage des folgendes Jahres, und erklärt dann, um die Einheit der Doctrin in den Stellen der Alten über die Beendigung der Usucapionsfrist zu retten, die Worte „totum — computamus" in folgender Weise: „Wir nehmen den letzten Kalendertag als ein untheilbares Ganze", so daß sie zu der Folgerung berechtigen, diesen Tag in jedem seiner wirklichen einzelnen Theile schon als vollendet anzusehen. Dadurch wird aber der Sprache Gewalt angethan. Eine ungezwungene Erklärung kann in jenen Worten durchaus nicht das juristische Princip, wonach der Tag als untheilbare Einheit dargestellt wird, sondern blos die einfache Behauptung erkennen, daß der ganze letzte Tag mitgerechnet werde. Ulpian widerspricht hierdurch der Behauptung des Venulejus: „nec totus dies (sc. novissimus) exigitur ad explendum constitutum tempus." Er verlangt eben nicht nur den Anbruch des letzten Tages (des 31. December), sondern den ganzen Tag, d. h. den Ablauf desselben. Diese Auslegung wird zunächst durch den Gegensatz: „non a momento ad momentum" bestätigt. Man hat in der Regel in diesem Ausdrucke blos eine einfache Verneinung der Anwendbarkeit der sogenannten natürlichen Computation, d. h. der Beachtung des mathematischen Endpunktes bei der Usucapion finden wollen, und deshalb die L. 6. D. 41. 3. des Ulpian mit der früher erklärten L. 134. D. 50. 16. von Paulus als Beweis für dieselbe Regel zusammengestellt[117]). Wenn man aber auch die Ausdrücke „non a momento ad momentum" (L. 6.) und „non ad momenta" (L. 134.) an und für sich als gleichbedeutend ansehen wollte, so würde doch schon die Verschiedenheit der Gegensätze: „sed totum postremum diem computamus" (L. 6.) und „ad dies numeramus" allein zur Zurücknahme jener Meinung nöthigen. Während die Worte der L. 134. ganz einfach den Maßstab aufstellen, nach welchem das Civilrecht die Zeiträume mißt, spricht die L. 6. von dem Anfange und von dem Ende einer Frist, welche je nach dem Gegenstande der Usucapion mehr oder weniger Jahre enthält. Als solche Grenzpunkte sollen nun nicht Zeitmomente, d. h. die kleinstdenkbaren Zeittheile, als Endpunkt namentlich soll nicht schon das „minimum momentum novissimi diei" (wie Venulejus behauptet), sondern nur der letzte Tag in seiner ganzen Ausdehnung betrachtet werden. So ist in dieser Stelle der mathematische Endpunkt der Usucapionsfrist gar nicht genannt, nicht einmal, um verneint zu werden; schon dieses würde ihm eine Wichtigkeit beilegen, die er in der That nicht hat. Auch Paulus erwähnt in der L. 134.

115) Vgl. Bachofen S. 68—71. Hiernach ist das Bd. IV, S. 425 Gesagte zu verbessern.

116) S. 369 flg.

117) So Savigny S. 355.

Digitized by Google

D. 50. 16. den mathematischen Endpunkt gar nicht, sondern verneint ganz allgemein die Brauchbarkeit kleinerer Zeiträume, als der Kalendertag, zum Maßstabe der Zeit. Die L. 7. D. 41. 3. soll nach der Stellung, welche man ihr nach dem Fragment aus Lib. XI. ad Edict. gegeben hat, ein Beispiel zur Erläuterung der Regel der L. 6. liefern. A hat 12 Uhr Mittags am 1. Januar zu besitzen angefangen; die Usucapion wird mit der Mitternachtstunde vom 31. December auf den 1. Januar eines folgenden Jahres vollendet sein. Die „hora sexta noctis pridie Kalendas Ianuarias" ist die dem 31. December angehörende sechste Nachtstunde. Wenn nun schon die Vollendung der Usucapion nicht in irgend einem Moment dieser sechsten Stunde, sondern genau gegen das Ende fällt, so kann für die Erklärung des „pridie Kalendas" doch nur auf den zur Bezeichnung des fraglichen Mitternachtspunktes gebrauchten Ausdruck Rücksicht genommen werden. Dieser aber ist „hora sexta", und die sechste Stunde gehört ihrem ganzen Umfange nach noch dem 31. December an. Als Resultat der Betrachtung der verschiedenen Stellen über die Beendigung der Usucapionszeit ist der Satz aufzustellen: Scävola und Ulpian erachten die Usucapion für vollendet mit der dem mathematischen Endpunkte vorangehenden Mitternachtstunde; Venulejus geht 24 Stunden weiter zurück[118]). 5) Unter den Beschränkungen der Freiheit der Manumission durch die lex Aelia Sentia findet sich auch das Verbot der Freilassung von Seiten eines minor XX annis. In einer Digestenstelle[119]) untersucht Ulpian, zu welcher Zeit jene Ausdrücke des Gesetzes: „minor XX annis manumittere vetatur" die Manumissionsfreiheit zuerst anzunehmen gestatten. Die Stelle lautet: „Placuit eum, qui Kalendis Ianuariis natus, post (horam) sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere: non enim maiori XX annis permittitur manumittere, sed minorem manumittere vetatur: iam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi"[120]). Es handelt sich hier nicht um die Berechnung von 20 Jahren, sondern um die Auslegung der Gesetzesworte: „minor XX annis". Es liegt keine Frage der Civilcomputation, sondern nur allein eine Frage der Gesetzauslegung vor. Ulpian stellt nicht die Frage: wenn sind 20 Jahre abgelaufen? sondern die Frage: wenn ist ein Jüngling nicht mehr als minor XX annis anzusehen?[121]) Der am 1. Januar Geborene, sagt

118) So Bachofen S. 71. Dagegen nehmen gar keinen Unterschied zwischen der Lehre Ulpian's und der des Venulejus an: Unterholzner S. 304. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, S. 261. Erb S. 200. Löhr S. 423. Göschen S. 589. Hagemeister S. 21—24.

119) L. 1. D. 40. 1.

120) Unterholzner S. 300, 310 verlangt nach dieser Stelle die Erreichung des Geburtstages; Löhr S. 422, Reinfelder S. 54 flg., Erb S. 109, Hagemeister S. 14 den Vorabend. Vgl. über diese Stelle Bachofen S. 71—74.

121) Savigny mit allen früheren Schriftstellern setzt jene erste Fragstellung voraus.

Digitized by Google

Ulpian, wird mit Mitternacht vom 30. auf den 31. December zuerst zum Manumittiren berechtigt. So wie nun die „hora sexta noctis pridie Kalendas Ianuarias" die sechste dem 31. December angehörende Nachtstunde bezeichnete, so muß hier nicht diese Stunde selbst, sondern die auf sie folgende Zeit dem pridie Kalendas, also dem 31. December angehören; die hora sexta selbst in ihrem Verlaufe fällt somit nicht dem 31., sondern dem 30. December zu. Savigny[122]) macht dieser Erklärung einen Vorwurf, welcher sie nicht trifft, nämlich den, daß durch sie die Worte „pridie Kalendas Ianuarias" unzulässiger Weise von den Worten „post sextam noctis" getrennt und unmittelbar mit den Worten „posse manumittere" verbunden würden. Diese willkürliche Trennung einer untrennbar zusammenhängenden Zeitbestimmung fällt aber dieser Erklärung nicht zur Last. Sie weicht von der Erklärung Savigny's allein darin ab, daß sie nicht die sexta noctis, sondern das tempus post sextam noctis dem pridie Kalendas zuschreibt. Obwohl es also mit Savigny für ganz einleuchtend zu halten ist, „daß die hora sexta noctis pridie Kalendas immer derselbe Zeitraum bleibt," so ist es doch auf der anderen Seite ebenso augenscheinlich, daß die hora sexta noctis und die Zeit post horam sextam noctis zwei verschiedenen Zeiträumen zufallen. Das „post" soll aber, nach Savigny, den Zeitausdruck in unserer Stelle von dem in L. 7. D. 41. 3. gar nicht unterscheiden, indem in dieser letzten Stelle zu „hora sexta noctis pridie Kal. Ian." exacta hinzugedacht werden müsse. Allein wenn auch zuzugeben ist, daß „hora sexta" eine umschreibende Bezeichnung des Zeitpunktes ist, mit welchem diese sechste Stunde selbst schließt, so kann doch nicht geleugnet werden, daß hora sexta zunächst nicht den Endpunkt, sondern die Dauer der sechsten Stunde ausdrückt, und diese wird dem 31. December zugetheilt. Die gegebene Erklärung wird durch den Ausdruck: „quasi annum vicesimum compleverit" bestätigt. Wäre der Ablauf des 31. und nicht des 30. December gemeint, so könnte Ulpian nicht von einem quasi complere, sondern nur von dem wirklichen, eigentlichen complere reden. Savigny[123]) will zwar dieses quasi als Ausdruck des Wesens der civilen Zeitrechnung ansehen, indem eigentlich vor der Geburtsstunde das zwanzigste Jahr noch nicht vollendet sei. Allein dieser Grund ist aus dem Gesichtspunkte des römischen Civilrechtes zu bestreiten. Nach diesem kann ein Zeitraum immer nur mit einer Mitternachtstunde schließen; mit ihr aber wird er als völlig abgelaufen und in allen Theilen vollendet angesehen. An eine Verkürzung um den Bruchtheil eines Kalendertages hat niemals ein römischer Jurist gedacht; auf sie kann sich also „quasi" nicht beziehen. Dieses „quasi" erhält seine wahre Bedeutung nur aus dem Gegensatze des Ablaufes und des bloßen Antrittes des letzten Kalendertages. Den

122) S. 374, N. o.
123) S. 375.

Digitized by Google

Grund, aus welchem der bloße Beginn für genügend angesehen wird, giebt Ulpian in der zweiten Hälfte unserer Stelle an; er sagt: die lex Aelia Sentia rede ja nicht von einem maior XX annis, wozu allerdings der Ablauf des letzten Kalendertages erfordert würde, sondern drücke sich negativ mit „minor XX annis" aus; als minor aber könne derjenige nicht mehr bezeichnet werden, welcher in dem letzten Tage des zwanzigsten Jahres, d. h. in dem 31. December stehe. An diesem Tage ist der Freilasser nicht mehr minor XX annis, obwohl auch noch nicht maior XX annis, sondern eben gerade 20 Jahre alt, „ipsorum viginti annorum", wie Paulus sagt[124]). Dies steht nun allerdings im Widerspruche mit der oben aufgestellten, durch Stellen der Alten bestätigten Behauptung, nach welcher sich die maior aetas und die minor aetas berühren, und ohne Mittelglied eines von beiden Stadien unabhängigen Zeittheiles, unmittelbar in einander laufen. Der Schlüssel zur Erklärung dieses Widerspruches liegt in dem der römischen Jurisprudenz eigenthümlichen Bestreben, solche Gesetze, welche, wie die lex Aelia Sentia, die persönliche Freiheit beschränken, so eng auszulegen, als die vielleicht zufällig gewählten Ausdrücke des Gesetzes nur immer gestatten, selbst wenn dabei größere Genauigkeit als gewöhnlich angewendet würde. Gerade hieraus ergiebt sich von neuem und noch anschaulicher die Richtigkeit des Satzes, daß es sich hier nicht sowohl um eine genaue Berechnung der 20 Jahre, als vielmehr um eine absichtliche, auf die Wortauslegung des Gesetzes gestützte Abweichung von derselben handelt. Eben deshalb läßt sich der einfache Inhalt dieser Stelle Ulpian's nicht anders zu einem Zeugniß für die Civilcomputation machen, als wenn man aus der absichtlichen Abweichung den Inhalt der Regel selbst ableiten will. 6) Ganz ähnlich wie mit der eben erklärten Stelle über das zum Manumittiren berechtigende Alter verhält es sich mit zwei Stellen des Paulus[125]). Die erste (L. 132. pr. D. 50. 16.) lautet: „Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur: et consuetudo loquendi id ita esse declarat: ante diem X Kalendarum, post diem X Kalendarum; neque utro enim sermone undecim dies significantur." Die andere (L. 134. D. 50. 16.): „Anniculus non statim ut natus est, sed tricentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die: quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus." Beide Stellen beziehen sich auf die Erklärung des Ausdruckes anniculus, welchen die lex Aelia Sentia zur Bezeichnung des für die causae probatio nothwendigen Kindes gewählt hatte. Da auch das verstorbene Kind in manchen Beziehungen als noch lebend angerechnet wurde, so war es für alle Fälle wichtig, zu bestimmen, wenn dasselbe

124) L. 66. D. 45. 1.

125) L. 132. pr. L. 134. D. 50. 16. Erstere Stelle ist dem 3. Buche, letztere dem 2. Buche des Commentars ad legem Iuliam et Papiam entlehnt. Vgl. über die Erklärung Beider Bachofen S. 75 flg.

Digitized by Google

zuerst anniculus genannt werden könne. Diese Frage wird von Paulus in den beiden angeführten Stellen beantwortet. Auch hier handelt es sich nicht um die Berechnung einer Jahresfrist; der Jurist untersucht gar nicht, wann von der Geburt eines Menschen an ein Jahr verflossen sei, sondern einzig und allein, wann dem in der lex Aelia Sentia gebrauchten Ausdrucke „anniculus“ [126]) genügt sei. Kurz, es handelt sich hier wieder nicht um eine Frage der Computation, sondern nur um die Auslegung eines Gesetzesausdruckes. Als abgelaufen konnte ein Jahr erst mit Eintritt der Mitternachtstunde zunächst vor dem mathematischen Endpunkte gelten. Diesen Ablauf, mithin die Vollendung des Jahres fordert aber, nach der Darstellung des Juristen, der Ausdruck anniculus nicht. Wer den letzten Kalendertag, den 365., nach unserem Beispiel den 31. December, auch nur angetreten hat, kann schon anniculus genannt werden; ein Kind also, was im Laufe dieses 31. December stirbt, ist schon als anniculus verstorben und deshalb ein Grund für den Erwerb der Civität von Seiten seiner Eltern. Ein Jahr ist deshalb mit dem Anbruche des letzten Kalendertages noch nicht verflossen. Die Wahl der Ausdrücke, welche der Jurist in beiden Stellen gebraucht, beweist deutlich, daß dieses auch nicht behauptet werden soll. Die L. 132. beruft sich ausdrücklich auf die „consuetudo loquendi“; die L. 134. weist in dem Ausdrucke „anniculus ... dicitur“ auf dieselbe hin. Jene consuetudo loquendi wird noch durch die Erklärung der Ausdrücke: ante d. X. Kalendarum und post d. X. Kalendarum erläutert. Auch dieser Ausdruck verlangt nur den Anbruch des 10. Tages vor oder nach den Kalenden, nicht dessen Ablauf, und steht insofern mit dem Worte „anniculus“ auf Einer Linie. Die Worte: „Anniculus non statim ut natus est ... dicitur“ werden gewöhnlich übergangen. Sie enthalten für denjenigen, welcher in den Worten des Paulus die Berechnung eines Jahres finden will, Unsinn; Ein Jahr ist in dem Augenblicke der Geburt eines Menschen noch nicht zurückgelegt! Der Jurist sagt vielmehr: Anniculus kann ein Kind nicht an dem Tage seiner Geburt, als am Anfange des ersten Jahres, sondern am 365. Tage, also am Ende des Jahres genannt werden. Es soll nicht einer falschen Berechnung des Jahresablaufes, sondern einer falschen Auslegung des Wortes anniculus durch diese Bemerkung vorgebeugt werden. Der Jurist beruft sich in der ersten Stelle zur Rechtfertigung seiner Behauptung, wonach der völlige Ablauf des Jahres für einen anniculus nicht verlangt wird, ganz einfach auf die consuetudo loquendi und auf die Analogie anderer Ausdrücke. Die zweite Stelle geht näher auf die Sache ein und sucht jenen Sprachgebrauch selbst tiefer zu begründen. Zu diesem Zwecke allein wird in den letzten Worten der L. 134. auf das Princip der civilen Computation verwiesen. Auch dieses ist also hier nicht in dem Sinne und zu dem Zwecke auf-

126) Daß dieses der ursprüngliche Ausdruck des Gesetzes war, geht, außer aus unseren Stellen, auch aus Gai. Inst. Comm. I. §. 29. hervor.

Digitized by Google

gestellt, um einer Computation zur Grundlage zu dienen, sondern vielmehr zu dem Zwecke der Motivirung der aufgestellten Interpretation. Jener Sprachgebrauch, will Paulus sagen, wonach man ein im 365. Tage stehendes Kind auch vor dem Schlusse dieses Tages schon anniculus nennt, stimmt übrigens sehr gut mit dem Princip der civilen Computation überein, welche auf kleinere Zeittheile als auf Kalendertage keine Rücksicht nimmt; denn eben dies thut jene consuetudo loquendi, wenn sie blos auf den Eintritt des Kalendertages sieht, nach dem Ablaufe aller seiner Momente aber nicht fragt. Von dieser von Bachofen gegebenen Erklärung weicht die Savigny's[127]) völlig ab. Nach ihm ist hier rein nur von Computation die Rede; daß die Interpretationsfrage eingemischt werde, bemerkt er nicht. Ja er geht sogar so weit, aus unserer Stelle selbst die Zählungsweise der erwähnten 365 Tage bestimmen zu wollen. Er behauptet, Paulus habe den Anfangstag, d. h. den 1. Januar, nicht mitgezählt, und lasse daher das Kind am Neujahrstage des folgenden Jahres anniculus werden[128]). Von allem diesem findet sich nichts in der Stelle. Ueber die Zählungsart spricht sich Paulus gar nicht aus. Die Frage ist, ob der letzte Tag abgelaufen oder nur angetreten sein müsse; welches dieser letzte Tag ist, ob der 31. December oder der 1. Januar, wird nicht genauer angegeben. Fragt man auch hiernach, so ist kein Grund einzusehen, warum man gegen die bis jetzt befolgte und dem Princip der civilen Computation allein entsprechende Verlegung des extremus dies auf den 31. December hier ausnahmsweise den 1. Januar annehmen sollte. Noch viel weniger ist einzusehen, warum Paulus den 365. Tag nannte, wenn er, was Savigny[129]) behauptet, eigentlich den 366. Tag im Sinne hatte. Denn selbst wenn man annehmen wollte, daß es einem Juristen zugestanden hätte, nach Willkür den Anfangstag mitzurechnen oder auszulassen, d. h. nach Willkür die civile Computation anzuerkennen oder bei Seite zu setzen, so wäre es doch für Paulus sicher sehr unräthlich gewesen, hier gerade die seltenere und unjuristische Berechnung seinem Ausdrucke zu Grunde zu legen, ohne sich über diese Abweichung zu erklären. Savigny behauptet umgekehrt, durch die Wahl der Zahl 365 habe Paulus den Anstoß verhütet, welcher in dem wörtlichen scheinbaren Widerspruche zwischen der Zahl 366 und dem Ausdrucke „anniculus" gelegen hätte. Dieser Widerspruch ist so sehr anzuerkennen, daß er sogar für mehr als ein bloßer wörtlicher, scheinbarer Widerspruch, daß er als ein unauflöslicher Widerspruch in der Sache selbst anzusehen ist. Denn ein Jahr von 366 Tagen ist selbst nach der römischen Berechnungsweise das Schaltjahr nicht, und, wie Savigny selbst sagt, wußte seit der Kalenderreform von Cäsar auch der Ungelehrte, daß das Jahr 365 Tage

127) S. 376—381.

128) Ebenso Unterholzner S. 310, 311. Vgl. Löhr S. 416. Erb S. 190, 191, 243. Reinfelder S. 64, 101. Vangerow S. 261.

129) S. 380.

habe. Nähme man etwas anderes an, so geriethe man in einen Widerspruch, dessen Lösung nicht einmal durch eine „künstliche Erklärung", wie Savigny sich ausdrückt, zu hoffen wäre. Savigny[130]) hat sich dazu verleiten lassen, zu behaupten, die Worte „non exacto (die)" hätten eigentlich ganz wegbleiben können. Er sieht sehr wohl ein, daß zu der Annahme des 1. Januar, als letzten Kalendertages, die ausdrückliche Verneinung des Endes dieses Tages nicht paßt. Diese Worte will er daher, da er sie doch nicht geradezu ausstreichen kann, „blos parenthetisch eingeschoben" wissen, um sie auf diese Weise dem Auge aufmerksamer Beobachter zu entziehen. Allein durch die Entfernung dieser Worte würde nicht nur dem „incipiente (die)" der unentbehrliche Gegensatz, sondern der ganzen Stelle ihr Mittelpunkt und der Bemerkung des Paulus ihr wesentlichster Inhalt genommen. Denn dieses und nur dieses soll ja gesagt werden, daß ein Kind auch vor dem Ablaufe des letzten Tages schon anniculus genannt werden könne. Savigny[131]) hat noch auf die Worte der L. 12. §. 5. D. 6. 2.: „Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus" die Behauptung gestützt, daß das Kind in demselben Zeitpunkte usucapirt werde, in welchem es den Eltern das Recht der lex Aelia Sentia erwirbt. Er hält sich durch den Gebrauch desselben Ausdruckes anniculus zur Bezeichnung der beiden verschiedenen Rechtsverhältnisse zu diesem Schlusse berechtigt. Gewiß ist, daß nach der reinen Computation, wie sie bei Scävola und Ulpian vorliegt (vgl. unter 4.), die Usucapion erst mit Ablauf des letzten Tages, d. h. des 31. December, vollendet ist. Es fragt sich nur, ob „anniculus", ein Ausdruck, welchem schon der Anbruch des Tages genügt, nicht auch zur Bezeichnung eines Menschen gebraucht werden kann, welcher diesen letzten Tag zurückgelegt hat; mit anderen Worten: ob das Kind, welches schon am Morgen des 31. December jenen Namen trägt, denselben nicht auch noch nach Eintritt der Mitternachtstunde zwischen dem 31. December und 1. Januar mit Recht tragen kann? Ist dieses der Fall — und es ist unleugbar — dann ist leicht einzusehen, daß in der von Paulus gegebenen Erklärung des Ausdruckes anniculus, wie ihn die lex Aelia Sentia gebraucht und in der Bezeichnung des zur Usucapion eines Kindes erforderlichen Alters von 1 Jahre durch denselben Ausdruck anniculus gar keine Inconsequenz liegt. Im ersten Falle ist der Ausdruck anniculus das Gegebene, aus dessen Auslegung eine Zeitbestimmung werden soll; im zweiten Falle hingegen ist der bekannte und unzweifelhafte Zeitraum der Usucapion einer beweglichen Sache kurzweg durch den Ausdruck anniculus bezeichnet; hier darf eben daher dieser Ausdruck nicht aus sich selbst erklärt, sondern nur als Bezeichnung einer anderweit völlig sicheren Frist angesehen werden. Uebrigens ist die von Paulus in L. 132. und 134. D. 50. 16. gegebene

130) S. 380.
131) S. 381.

Digitized by Google

Erklärung des Gesetzesausdruckes anniculus durch ihre Aufnahme in die Digesten und durch die ihr zu Theil gewordene abstracte Gestalt nicht mehr auf die lex Aelia Sentia beschränkt, sondern überall anwendbar, wo die Entstehung von Rechten an das Dasein eines anniculus geknüpft wird. 7) Am deutlichsten ist der Unterschied des Resultates der Computation und der Interpretation ausgesprochen in der Stelle Ulpian's von der Testamentsmündigkeit[132]). Ulpian will bei Männern den quartus decimus annus, bei Frauenspersonen den duo decimus annus completus berücksichtigt wissen. Die Frage, welche er nun zu beantworten sucht, ist die: ob zu der completio anni der Ablauf des letzten Kalendertages erforderlich sei oder ob schon der Beginn desselben genüge; ob mithin A schon vom Anbruch des 31. December an oder erst nach dem Ablaufe desselben ein Testament errichten könne? Ganz abweichend hiervon haben Andere die Frage so gestellt: ob erst nach Eintritt der Geburtsstunde im Laufe des 1. Januar oder schon nach Eintritt der den 31. December beschließenden Mitternachtstunde ein giltiges Testament errichtet werden könne? Das „excessisse", welches auf den vollen Ablauf des 31. December zu beziehen ist, verstehen die Gegner von dem Eintritte der Geburtsstunde; das „complesse", welches schon mit Anbruch des 31. December, also 24 Stunden früher als das „excessisse" anzunehmen ist, legen jene in denselben Moment, auf welchen sich letzteres nach der richtigen Meinung bezieht, also in den Moment, wo der 31. December vollständig abgelaufen ist. Zwei Gründe machen jene Erklärung unannehmbar. Erstens ist es unzulässig, den Gegensatz von „excessisse" und „complere" auf die Beachtung des mathematischen Endpunktes zu stützen. Dieser muß als die eigentliche Negation der civilen Berechnungsart völlig und schlechterdings bei Seite gelassen werden. Verneint kann und darf ohne Inconsequenz das nicht werden, was niemals beachtet wird. Dazu kommt, daß nach der civilen Berechnungsart mit Ablauf des 31. December, noch vor dem Eintritt der Geburtsstunde, ein wahres eigentliches „excessisse" stattgefunden hat, ohne daß dabei an die mindeste Verkürzung der Frist gedacht würde. Der zweite

---

132) L. 5. D. 28. 1.: „Qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Et verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse. Propone aliquem Kalendis Ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico volere. Plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum; iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur." Wir haben diese Stelle bereits in dem Artikel Testament Bd. X, S. 723, 724 berührt und daselbst die Savigny'sche Erklärung angenommen; nach gewonnener besserer Einsicht, zu welcher namentlich Bachofen S. 335 flg. beigetragen hat, müssen wir uns zu der von diesem und früher von Erb S. 190, Koch S. 95, Reinfelder S. 32, Löhr S. 421, Hagemeister S. 6 vertheidigten Ansicht bekennen und hiernach unsere frühere Meinung modificiren.

Digitized by Google

Grund ist aus der Stelle selbst genommen. Es besteht ein unverkennbarer Parallelismus zwischen den Ausdrücken excessisse und complesse auf der einen Seite und den beiden gerade zur Erklärung dieses Gegensatzes aufgestellten Beispielen auf der anderen Seite. Wer an seinem Geburtstage „ipso natali suo", d. h. am 1. Januar ein Testament macht, auf den ist das „excessisse quartum decimum annum" zu beziehen; wer es dagegen „pridie Kalendarum ... post sextam horam noctis" macht, auf den muß das „complere" gehen. Das Letztere wird übrigens in den Schlußworten der Stelle selbst gesagt, „iam enim complesse videtur quartum decimum annum". Es fragt sich nun, welcher Zeitpunkt durch die Worte „pridie Kalendarum ... post sextam horam noctis" bezeichnet werde? Savigny[133]) will hier die dem 31. December angehörende sechste Nachtstunde verstehen und nach Ablauf derselben, mithin mit Beginn des 1. Januar die Testamentsmündigkeit annehmen. Er beruft sich dafür auf die ähnlich lautenden Ausdrücke, welche derselbe Ulpian in den Stellen über Beendigung der Usucapion („hora sexta noctis pridie Kalendas Ianuarias implet usucapionem") und über den Beginn der Manumissionsfähigkeit („post [horam] sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicissimum compleverit") gebraucht, und hält es für unmöglich, daß zur Bezeichnung ganz verschiedener Zeitmomente die bloße Aenderung der Wortfolge hinreichen sollte. Dagegen scheint es umgekehrt unmöglich, daß die Bezeichnung desselben Zeitpunktes eine solche Aenderung der Wortfolge, wie sie hier vorliegt, zulassen könnte. Soll die fragliche hora sexta in ihrer Ausdehnung ganz dem pridie Kalendas Ianuarias angehören, so kann die Bezeichnung des Tages (pridie Kal.) unmöglich von der ihm zugehörenden Stunde (post sextam horam noctis) losgerissen, ihr sogar vorangestellt und durch die Einschaltung des Verbum „fecerit" getrennt werden. Gerade hier, wo die Verwechselung so nahe lag, würde ohne dringende Veranlassung diese wesentliche Umstellung nicht versucht worden sein. Es kann auch der Gegensatz, welcher in den beiden Ausdrücken liegt, kaum mit mehr Schärfe und Präcision hervorgehoben werden, als hier durch die Umstellung der Worte geschieht. In dem Ausdrucke: post sextam horam noctis liegt also nichts weiter, als eine nähere Bestimmung von „pridie Kalendarum", welche den Sinn hat: am 31. December, und zwar gleich nach Mitternacht, also gleich mit dem ersten Augenblicke jenes Tages[134]).

---

133) S. 383—385.

134) Diese Ansicht findet sich auch in dem griechischen Fragment im civil. Magazin Bd. 6, S. 249 auf ganz unzweifelhafte Weise ausgedrückt: „*Δύνασθαι οὖν διαθέσθαι πρὸ μιᾶς τοῦ πληρωθῆναι τὸ τεσσαρεσκαιδέκατον ἔτος τῆς ἡλικίας μετὰ τὴν ἕκτην ὥραν τῆς νυκτός.*" Hier ist der Tag vor dem Geburtstage als Beginn der Testamentsfähigkeit genannt, und die Bestimmung der sechsten Stunde kann unmöglich auf einen anderen als eben diesen Tag gehen. Daß nur dessen Anfang dadurch näher bestimmt werden soll, zeigt die Erklärung: „*ἡ γὰρ ἡμέρα ἄρχεται ψηφίζεσθαι ἀπὸ τῆς ἕκτης ὥρας τῆς νυκτός,*

Digitized by Google

Dieſer Zuſatz bezweckte nur, dem möglichen Irrthum, als könnte nur von Tagesanbruch des 31. December an ein Teſtament errichtet werden, zum Voraus vorzubeugen. Ulpian geht von der Annahme des 1. Januar zu der des 31. December mit den Worten: „Dico valere. Plus arbitror etc.“ über. Auch dieſe Worte können als Prüfſtein beider Meinungen gebraucht werden. Nach der Savigny'ſchen iſt dieſer Gegenſatz durchaus nicht zu rechtfertigen. Savigny meint zwar, das „noch mehr“, das „plus arbitror“ beſtehe darin, daß nicht blos der 2. Januar nicht abgewartet zu werden brauche, ſondern auch nicht einmal innerhalb des Geburtstages die Geburtsſtunde. Allein dies iſt durchaus kein Mehr. Denn ſchon das erſte Glied der Behauptung Ulpian's, wonach ein am 1. Januar errichtetes Teſtament giltig ſein ſoll, beſchränkt dieſe Giltigkeit nicht auf die Zeit nach der Geburtsſtunde, ſondern behauptet ſie für den ganzen Tag ohne Unterſchied. Ein Mehr, ein wahres „plus arbitror“ kann alſo nur durch ein Ueberſchreiten der Grenzen des 1. Januar und durch ein Zurückgehen auf den 31. December gewonnen werden. Unter den Einzelnheiten der Savigny'ſchen Erklärung dieſer Stelle iſt namentlich die Weiſe hervorzuheben, in welcher die Voranſtellung des „pridie Kalendas“ erklärt wird [135]). Savigny ſagt, es müſſe hier ein Vierzehnjähriger gedacht werden, welcher Grund habe, mit der Abfaſſung ſeines Teſtamentes ſoviel wie möglich zu eilen. Dieſer werde ſchon am 31. December alle nöthigen Vorkehrungen treffen, d. h. die fünf Zeugen, den libripens und den familiae emtor bei ſich zu verſammeln, Urkunde, Wage und Erz bereit zu halten, und dann, ſowie es 12 Uhr geſchlagen, augenblicklich die Formalität vollziehen. Dieſen natürlichen Hergang deutlich vor Augen zu ſtellen, dazu ſei das pridie vorangeſetzt. Allein ſelbſt wenn man annehmen wollte, daß in der Zeit der Römer bis auf den heutigen Tag ja einmal in dieſer Weiſe die Abfaſſung eines letzten Willens vorbereitet wurde, ſo kann doch dieſe Vorbereitung unmöglich ſchon ein wahres juriſtiſches facere testamentum, wie Ulpian in unſerer Stelle ſagt, genannt werden; vielmehr iſt damit die Zuſammenſtellung der Worte „pridie Kalendas fecerit“ völlig unverträglich. Ebenſowenig kann der Verſuch gebilligt werden, die Berufung Ulpian's auf die Meinung Marcian's für eine ſo allgemein bekannte Sache, wie die civile Computation war, zu rechtfertigen. Es kann nicht angenommen werden, daß die Römer das Princip der civilen Computation ſo wenig innegehabt oder mit ſo unſicherer Hand auf die einzelnen Fälle anzuwenden gewußt haben, daß ſie nur durch Berufung auf Autoritäten ſich ſelbſt

---

καὶ πληροῦται ἕως ὥρας ἕκτης τῆς ἐπιούσης νυκτός, καὶ εἰκότως ἡ γενομένη διαθήκη μετὰ τὴν ἕκτην ὥραν τῆς νυκτὸς ἔρρωται, ὡς ἐν τῇ τελευταίᾳ ἡμέρᾳ τοῦ ὅλ χρόνου γενομένη.“ Ganz in derſelben Weiſe drückt ſich der Verfaſſer der Schrift über die Zeitabſchnitte (*αἱ ῥοπαί*) Cap. II. (*περὶ ὥρας*) §. 3. aus.

135) Savigny S. 384.

zu beruhigen und andere zu gewinnen hoffen konnten. Wofür Marcian's Meinung angeführt wird, ist weder das Princip der Computation, noch dessen Anwendung auf die Bestimmung eines 14jährigen oder 12jährigen Alters, sondern allein die eigenthümliche Auslegung des Ausdruckes complere. Ihm genüge der Ablauf des 30. December, meinte Marcian. Auch dieser Jurist war weit entfernt zu glauben, daß etwa schon mit dem Anbruche des 31. December die 12 oder 14 Jahre zurückgelegt wären. Im Gegentheil bestand seine Behauptung darin, daß dieser Ablauf der Frist nicht abgewartet zu werden brauche und daß von complere schon 24 Stunden früher gesprochen werden könne. Nur dafür, also nicht für die Computation, sondern nur für die Interpretation, führt ihn Ulpian an. Diese Berufung auf Marcian's Meinung war auch keineswegs müssig. Denn diese restrictive Erklärung des Wortes complere war nicht recipirt, wie die der Ausdrücke anniculus und minor XX annis nach der lex Aelia Sentia es gewesen zu sein scheinen; vielmehr weicht sie von der allgemein recipirten ab. Mit dem Ausdrucke complere wird nicht anders als mit explere und replere regelmäßig die Erfüllung, d. h. der Ablauf einer Frist bezeichnet (vgl. die oben unter 1. a. b. c. d. angeführten Stellen). Selbst für die Testamentsmündigkeit finden sich in anderen Stellen Ausdrücke gebraucht, welche die gewöhnliche Erklärung von complere enthalten[136]). Abweichend von dieser Erklärung unterscheidet Ulpian in unserer Stelle das complere in einem engeren Sinne von dem excedere, und erklärt in Bezug auf die Fähigkeit zu testiren, dieses letztere, wenn auch nicht für unrichtig, doch für unnöthig. 8) Die L. 6. D. 44. 7. welche lautet: „In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finitur obligatio" unterscheidet sich von den unter 5. 6. 7. erklärten Stellen dadurch, daß ihr Verfasser Paulus hier wieder die Computation rein und ohne Einmischung irgend einer Interpretation zur Anwendung bringt. Hier handelt es sich zunächst um die Frage, ob zum Verluste einer Klage durch den Ablauf einer bestimmten Anzahl Jahre die Zurücklegung oder blos der Antritt des novissimus dies erfordert werde. Welches dieser novissimus dies sei, das zu bestimmen, überläßt der Jurist dem Leser. Die Anwendung des

---

136) Die Worte des §. 7. Inst. I. 6. „... qui XIV annos expleverat, licet testamentum facere ... posset" werden von Theophilus zu dieser Stelle so umschrieben: „*τὸν μὲν μείζονα τῶν ιδ'. ἐνιαυτῶν δύνασθαι ληγάτα καταλιμπάνειν.*" Derselbe giebt zu §. 1. Inst. I. 6. das zur Ehe erforderliche Alter in den Worten an: „*τοὺς μὲν (ἄρρενας) ὑπερβεβηκέναι τὸ τεσσαρεσκαιδέκατον ἔτος, τὰς δὲ (θηλείας) μείζους εἶναι τῶν ιβ'. ἐνιαυτῶν.*" Die Worte des pr. Inst. I. 22. „... pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere constituimus" und „(feminae) post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur" werden von Theophilus zu dieser Stelle durch *ὑπερβεβηκέναι* wiedergegeben. Ebenso spricht L. 4. C. VI. 22. von einem „decimum quartum annum egressus." L. 3. C. V. 60. sagt: „mores post excessum XIV. annorum puberes existimentur."

Digitized by Google

Computationsprincips auf dieſen einzelnen Fall machte ſich ja leicht und ſchnell. Sie ergab, da der Ausgangstag hier wie überall eingerechnet werden muß, nicht anders als in allen anderen Fällen, den 31. December, nicht den 1. Januar, wie Savigny[137]) vorausſetzt. Daß dieſer letzte Tag zur Erfüllung irgend einer anberaumten Friſt abgelaufen ſein müſſe, iſt oben als Regel gefunden worden. Inſofern könnte es auffallen, daß Paulus die Nothwendigkeit dieſes Ablaufes in Bezug auf die Friſt der Klagenverjährung noch beſonders einzuſchärfen für nöthig erachtet. Savigny ſucht dieſes dadurch zu erklären, daß er einen denkbaren früheren Ablauf der Klagenverjährung, und zwar zunächſt das momentum temporis annimmt, welches Paulus ausſchließen wolle. Allein abgeſehen davon, daß die der Regel entſprechende Annahme des 31. December als novissimus dies jede Möglichkeit der Berückſichtigung des erſt dem 1. Januar angehörenden mathematiſchen Endpunktes von vornherein ausſchließt, ſo iſt jede ſolche Bezugnahme auf einen ſtets unbeachtet gelaſſenen Zeitpunkt auch aus dem ganz allgemeinen Grunde zu beſtreiten, weil hierdurch der ſogenannten natürlichen Computation eine Anerkennung zu Theil würde, welche ſich mit dem römiſchen Princip der Berechnung ganz und gar nicht verträgt. Was Paulus durch ſeine Worte „nisi novissimus totus dies compleatur“ ausſchließen will, iſt gar nicht jener frühere Ablauf der Klagenverjährung, ſondern allein die ungebührliche Einmiſchung einer uns nun ſchon bekannten Interpretationsweiſe, nach welcher gewiſſen Ausdrücken nicht erſt durch den Ablauf, ſondern ſchon durch den Beginn des letzten Kalendertages genügt ſein ſoll. Dieſe Interpretation wendet Paulus in den oben erklärten Stellen aus deſſen Commentar ad legem Iuliam et Papiam ſelbſt an. Aus den Worten: totus dies compleatur, ergiebt ſich übrigens klar die Abſicht des Juriſten, ſich gegen die in der unter 7. erklärten Stelle von Ulpian geltend gemachte Auslegung des Wortes complere zu wahren. Dieſem Ausdrucke ſoll eben nicht der Eintritt des letzten Tages, ſondern allein die Zurücklegung aller 24 Stunden genügen. Ganz in demſelben Sinne und mit derſelben Abſicht verlangt Ulpian in L. 1. §. 3. D. 3. 1., daß der Poſtulirende das 17. Jahr ganz erfülle („in totum complevit“). Ein bloßes complere, ohne dieſen erläuternden Zuſatz „in totum“ könnte einer Auslegung Raum geben, wie ſie Ulpian ſelbſt auf die Teſtirfähigkeit anwendet, und wonach von dem eben erſt in den letzten Tag Eingetretenen ſchon geſagt werden kann, „iam enim complesse videtur annum septimum decimum.“ Durch dieſe Erklärung der vorliegenden Stelle kommt man zu dem Reſultate, daß die Berechnung der Friſt für die Klagenverjährung von jener der Uſucapionsfriſt durchaus nicht abweicht[138]), daß vielmehr in beiden

137) S. 390.

138) Hiernach iſt das im Artikel Verjährung Bd. XII, S. 425 Bemerkte zu verbeſſern.

Digitized by Google

Fällen auf die dem mathematischen Endpunkte zunächst vorangehende Mitternachtstunde zurückgegangen wird. Abweichend hiervon nimmt die große Mehrzahl der Juristen eine völlig verschiedene Computation an, je nachdem es sich um Verlust eines Rechtes durch fortgesetzte Unthätigkeit, also durch Versäumniß (wie bei der Klagenverjährung) oder um Erwerb eines Rechtes durch Ablauf eines Zeitraumes (wie bei der Usucapion) handelt. Während in allen Fällen dieser zweiten Art auf die zunächst vorhergehende Mitternachtstunde zurückgegangen werde, verlange die Natur der Fälle erster Art ein Vorwärtsschreiten zu der dem mathematischen Endpunkte folgenden Mitternacht; dort werde also dem Erwerbenden Etwas von der vollen Zeit nachgelassen, hier dem Verlierenden Etwas zugelegt; die Differenz beider Berechnungsarten oder vielmehr derselben Berechnungsart in Anwendung auf jene beiden Fälle betrage einen vollen Kalendertag, volle 24 Stunden. Zweifel an der Richtigkeit dieser Unterscheidung erregt zunächst die Unwahrscheinlichkeit, daß es im römischen Rechte nicht ein bestimmtes, durchgreifendes Princip der Computation, sondern für die verschiedenen Rechtsverhältnisse verschiedene, abweichende Berechnungsarten geben soll. Dieser Zweifel wird verstärkt durch die Wahrnehmung, daß Paulus in L. 134. D. 50. 16. das Princip der civilen Computation: non ad momenta, sed ad dies numeramus, in einer ganz allgemeinen Fassung aufstellt, und daß sich ein völlig verschiedenes Resultat der Anwendung desselben Princips auf einzelne Fälle nicht denken läßt. Wenn man sich nach unmittelbaren Zeugnissen jener Unterscheidung umsieht, so läßt sich in der unter 8. erklärten L. 6. D. 44. 7., auf welche sich alle Vertheidiger jener Ansicht hauptsächlich berufen, keine Spur eines Unterschiedes erkennen. Bei einer hiernach nur allein übrigbleibenden Prüfung der allgemeinen, nach der Behauptung der Gegner in der Natur der Rechtsverhältnisse enthaltenen Gründe ergiebt sich, daß man sich durch ganz allgemeine Betrachtungen zunächst leiten ließ und dann ohne große Mühe in den Aussprüchen der Quellen die Bestätigung der zuvor gebildeten Theorie fand. Dieses Verfahren hat namentlich Savigny befolgt. Er geht von der Annahme der Möglichkeit einer doppelten, an sich gleich zweckmäßigen Bestimmung der civilen Zeitrechnung aus [139]): Zurückgehen auf die letzte oder Vorwärtsschreiten zu der nächsten Mitternacht. Hier, fährt er fort, bleibe nun wieder die Wahl, entweder die eine dieser Möglichkeiten ausschließlich anzunehmen oder beide gelten zu lassen, je nach Verschiedenheit der Fälle. Dieses ganze Raisonnement stellt das Princip der civilen Computation auf eine willkürliche Grundlage. Solche verschiedene Möglichkeiten dachten sich die Römer nicht; noch weniger nahmen sie eine freie Wahl unter denselben in Anspruch. Die große Unvollständigkeit der chronometrischen Instrumente, namentlich in der früheren Zeit, verbunden mit der eigenthümlichen Stunden-

139) S. 360.

Digitized by Google

eintheilung, nöthigten zur Vernachlässigung kleinerer Zeittheile als der Kalendertag ist. Hiermit war das Princip der civilen Computation gegeben. Dasselbe bestand in der Beachtung des Kalendertages, in dessen Verlauf ein Ereigniß fällt, ohne weiter zu untersuchen, welchem Theile desselben dieses angehört. Das Zurückgehen auf die letzte Mitternacht erscheint hier durchaus nicht als Resultat einer haltlosen Willkür, sondern als nothwendiges Ergebniß der Beachtung des Kalendertages, in dessen Lauf das Ereigniß fällt; denn dieser Kalendertag beginnt mit der letzten Mitternacht. Ein Vorwärtsschreiten zu der nächsten Mitternacht liegt vollends außer dem Bereiche aller Möglichkeit, da dieses die Vernachlässigung des Anfangstages, d. h. nichts weniger als den Umsturz der civilen Computation, in sich schließen würde. Gestattet hiernach das Princip der civilen Zeitberechnung durchaus keine Wahl zwischen der letzten und der nächsten Mitternacht, schließt sie vielmehr jede Möglichkeit der Beachtung der folgenden Mitternacht aus, so leuchtet nicht weniger ein, daß von einer „partiellen Unbestimmtheit" der Zeitbegrenzung, welche nothwendig dem einen der beiden Theile zu Gute kommen müsse, nicht die Rede sein kann. Durch das principielle Vernachlässigen aller kleineren Zeittheile und die ausschließliche Berücksichtigung der Kalendertage wird gerade die größte Bestimmtheit hervorgerufen; jeder unbestimmte Moment erhält dadurch eine feste Grundlage, und es wird ein an sich nie genau zu ermittelnder Zeitpunkt mit einer stehenden, leicht erkennbaren, völlig sicheren Zeitabtheilung identificirt. Und doch gründet Savigny auf eine solche, dem einen von beiden Theilen zu Gute kommende Unbestimmtheit, sein ganzes weiteres Raisonnement. Er vergleicht dieselbe mit der Unbestimmtheit einer alternativen, generischen, endlich noch Zeit und Ort unbestimmt gelassenen Obligation. Sowie nun eine solche Unbestimmtheit stets demjenigen zu Gute komme, von dessen Handlung zunächst die Rede ist (also bei der alternativen und generischen Obligation dem Schuldner, bei einer nach Zeit oder Ort unbestimmt gelassenen dem Gläubiger), so auch bei jener Unbestimmheit der Zeitrechnung. Was hier Savigny ein Zugutekommen der Unbestimmtheit nennt, beruht ganz einfach auf der Auslegung eines Vertrages, auf der Erklärung des muthmaßlichen Willens der Parteien. Wird also dort dem Schuldner die Wahl, welches Individuum oder welche Qualität er geben will, hier dem Gläubiger die Wahl, wenn und wo er klagen will, gelassen, so wird dieses in beiden Fällen als Inhalt des Vertrages, als gegenseitige Einräumung der Parteien zu betrachten sein. Was der einen Partei zu Gute kommt, beruht hier völlig auf der vertragsmäßigen Gestattung von Seite der anderen. Diese kann nicht für jede andere Unbestimmtheit maßgebend sein, namentlich für eine solche, welche von dem Willen der Parteien gänzlich unabhängig ist und in welcher statt absichtlicher Begünstigung vielmehr nur unvermeidliche Unvollkommenheit zu erblicken ist. Die civile Computation sucht weder zu verkürzen, noch zu verlängern, sondern nur so genau als möglich zu

Digitized by Google

bestimmen; weit entfernt, der einen Partei etwas zu Gute, der anderen etwas zu Schaden zu thun, bestrebt sie sich gerade umgekehrt, jeder Partei ihr Recht so pünktlich und gemessen als möglich zuzutheilen. Das Savigny'sche Princip führt übrigens, consequent durchgeführt, zu nicht wohl zu lösenden Widersprüchen. Der Erwerb der Exception gegen das verjährte Klagerecht fiele 24 Stunden früher, als der Verlust in der Person des Berechtigten angenommen werden dürfte. Ebenso würde das Eigenthum, welches der Besitzer durch Usucapion in der den 31. December schließenden Mitternacht erwirbt, dem bisherigen Eigenthümer erst 24 Stunden später verloren sein. Ferner hat bekanntlich die longi temporis praescriptio durch kaiserliche Verordnung den Charakter einer Exception mit dem der Usucapion vertauscht. Diese Umgestaltung sollte die Dauer der Frist in keiner Weise berühren, sondern allein den Charakter des durch Ablauf erworbenen Rechtes ändern, d. h. statt der bloßen Einrede gegen die Vindication, dem Besitzer nun selbst die Vindication gewähren. Hiermit wäre die einen vollen Kalendertag betragende Abweichung in der Zeitrechnung unverträglich. Nach allem diesem ist es unzulässig, zweierlei Rechnungsarten vorauszusetzen, je nachdem es sich um Erwerb oder um Verlust eines Rechtes durch Ablauf einer gewissen Frist handelt. Eine solche Unterscheidung ist nicht nur nicht in den Quellen begründet, sie widerstrebt auch der Natur der Sache. Die Methode der Zeitberechnung kann nur eine und dieselbe sein. Sie ist an sich von jeder bestimmten Anwendung völlig unabhängig. Doch ließe sich denken, daß das Princip der Computation unter dem Einflusse eines bestimmten Rechtsverhältnisses die eine oder andere Modification erführe. Dann würde ein solcher Fall als Ausnahme, die nothwendig in der Mehrzahl der Fälle vorliegende reine Anwendung des Princips als die Regel zu behandeln sein. Nach der Darstellung Savigny's hat man aber gar kein reines Princip der Computation, sondern nur zwei einander gar nicht berührende praktische Regeln, welche beide ein bestimmtes Gebiet der Anwendung in Anspruch nehmen, und gar nicht aus einer eigentlichen Berechnungstheorie, sondern, unabhängig von einer solchen, aus der Natur gewisser Rechtsverhältnisse hergenommen sind. Allein eben diese Natur blieb völlig unberücksichtigt. In einem einzigen Falle, bei der Restitution der Minderjährigen, wurde dieselbe insofern beachtet, als man dem Minderjährigen gestattete, genauer als nach Kalendertagen den Endpunkt seiner Minderjährigkeit zu bestimmen. Sonst mußte überall in Folge einer reinen Anwendung der civilen Berechnungsweise auf die letzte Mitternacht zurückgegangen werden. 9) Die Frist von 100 Tagen zum Nachsuchen um die bonorum possessio wird von Ulpian so verstanden, daß das Nachsuchen selbst noch am 100. Tage geschehen könne[140]). Ebenso versteht Paulus die Frist von

140) L. 1. §. 9. D. 38. 9.: „Quod dicimus, intra dies centum bonorum possessionem peti posse; ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo bonorum

60 Tagen zur Anklage wegen adulterium so, daß noch am 60. Tage die Anklage erhoben werden könne[141]). Beide Stellen haben große Aehnlichkeit. In beiden handelt es sich um die Auslegung gewisser, eine Zeitbestimmung enthaltender Ausdrücke, in der einen um Erklärung des von dem Prätor im Edicte gebrauchten Ausdruckes „intra centum dies" (sc. bonorum possessionem dabo[142]); in der anderen um Erklärung der in der lex Iulia de adulteriis gebrauchten Worte, in welchem eine Frist von 60 Tagen dem Ehemanne und dem Vater verstattet wurde, während welcher diese, mit Ausschluß aller Fremden, das Recht zur Erhebung der Anklage erhielten[143]). In der ersten Stelle bezweckt Ulpian, dem Mißverständnisse, als seien durch den Ausdruck „intra dies centum" etwa nur 99 Tage gestattet, von vorn herein entgegen zu treten. Jener Ausdruck, behauptet er daher, bezeichne, wie der andere „in diebus centum", 100 Tage; der Ablauf von 99 Tagen genüge weder dem einen, noch dem anderen. Einem ähnlichen Mißverständnisse will Paulus in der zweiten Stelle vorbeugen. Hätten wir den ganzen Zusammenhang seiner Darstellung, so würden die Worte „in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est" wohl als ein nicht überflüssiger Commentar einer dem Ausdrucke des Edictes „intra centum dies" sehr ähnlichen Zeitbezeichnung der lex Iulia de adulteriis erscheinen und dadurch den Schein der Trivialität verlieren, welchen die aus dem Zusammenhange gerissene Bemerkung des Paulus hat. Von Computation, hier der 60, dort der 100 Tage ist keine Rede. Es ist mit nichts angedeutet, welchen Tag Paulus als den 60. oder Ulpian als denn 100. angesehen wissen will. Savigny[144]) behauptet, Paulus rechne den ersten Tag nicht mit. Im Gegentheil ist im Falle einer Anwendung der lex Iulia de adulteriis der Tag der Scheidung oder der des begangenen Verbrechens als erster Tag schon mit in die 60 Tage eingezählt; mithin sind außer jenem nur noch 59 weitere Tage zur Anklage gestattet worden. Dieses ergiebt sich mit Nothwendigkeit aus dem Princip der civilen Computation, welches jedoch Paulus und Ulpian in beiden Stellen völlig unberührt lassen. Kaum erklärlich ist die Behauptung

possessio peti possit, quemadmodum intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sint. Idem est, et si in diebus centum dicatur."

141) L. 30. §. 1. D. 48. 5.: „Sexaginta dies a divortio numerantur; in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est."

142) Daß dieses die eigenen Worte des Edictes sind, ergiebt sich, außer aus der angeführten L. 1. §. 9. D 38. 9., auch aus Ulp. Fragm. Tit. 28. §. 10. Auch die Stellen, welche intra centesimum diem sagen und so den Inhalt des Edictes mit der Ordinalzahl ausdrücken, lassen sich anführen, da sie gerade den Ausdruck, dessen Erklärung die L. 1. §. 9. cit. giebt, beibehalten. Vgl. L. 1. §. 8. D. 38. 9. L. 2. §. 4. D. 38. 16.

143) Aus dem Titel der Digesten ad legem Iuliam de adulteriis (48. 5.) ergiebt sich nur so viel mit Sicherheit, daß das Gesetz zur Bezeichnung der von ihm gestatteten Frist die Worte „sexaginta dies" brauchte. Die gebrauchte Präposition, ob intra oder in, wird nicht genannt.

144) S. 400. Vgl. dagegen Bachofen S. 351 flg.

Digitized by Google

Savigny's, der sexagesimus dies der lex Iulia de adulteriis sei genau derselbe Tag, welchen Paulus in L. 101. D. 50. 17. „sexagesimus et primus" nennt, weil er hier den ersten Tag eben einrechne, in der L. 30. §. 1. D. 48. 5. aber nicht. Allein in beiden Fällen ist die Aufgabe der Auslegung völlig verschieden. Die L. 101. cit. erklärt den an sich unbestimmten Ausdruck „duo menses" durch den bestimmten, keinem weiteren Zweifel unterworfenen von 61 Tagen. Eine solche Reduction ist durch die von der lex Iulia de adulteriis gewählte Bezeichnung der Frist in Tagen dem Ausleger dieses Gesetzes erspart; dagegen hat er die Präposition in oder eine ähnliche zu erklären, und dieses thut er in demselben Sinne, welchen Ulpian in L. 1. §. 9. D. 38. 9. dem Worte „intra" beilegt. Während dort 61 Tage als die von dem Gesetze bestimmte Frist erscheinen; sind hier (in der lex Iulia de adulteriis) gleich von vorn herein nur 60 Tage zur Anklage verstattet. Wollte man diese 60 Tage, abweichend von der regelmäßigen civilen Computation, mit Ausschluß des ersten Tages, so berechnen, daß im Resultat 61 Tage gestattet wären, so würde man durch Anwendung desselben Princips die 61 Tage der L. 101. zu 62 verrechnen müssen. Dieses würde aber theils dem klaren Wortlaute der Gesetze, welche eben von 60 und 61, nicht von 61 und 62 Tagen sprechen, widerstreiten; theils würde es doch nie zu dem gewünschten Resultate, nämlich die Fristen der L. 101. und der L. 30. auszugleichen, führen. Denn hier handelt es sich nicht, wie Savigny[145]) behauptet, von einer „gedankenlosen, inconsequenten Willkür" in der Berechnung zweier an sich gleicher Fristen; die Fristen sind vielmehr von vornherein ungleich festgesetzt. 10) Eine Stelle von Paulus (L. 101. D. 50. 17.) spricht aus: „Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est; ita enim et Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit." Aus mehreren Stellen des Theodosischen und Justinianeischen Codex[146]) hat schon J. Gothofredus[147]) abgeleitet, daß diese Stelle zunächst und eigentlich von denjenigen zwei Monaten spricht, welche zum Anbringen der Reclamation gegen die Wahl zu einem städtischen Amte gestattet waren. Savigny[148]) hat überdies die lex Iulia municipalis (von welcher wir in der sog. tabula Heracleensis ein Stück besitzen) als diejenige nachgewiesen, von welcher Paulus in dem Fragment unserer Stelle zunächst spricht und auf welche sich die authentische Interpretation der dort genannten Kaiser bezieht. Auch in dieser Stelle hat die Annahme einer ihrer Entscheidung zu Grunde liegenden Computation Mißverständniß erzeugt. Noch Savigny[149]) erklärt die

145) S. 401.

146) L. 10. 19. Th. C. XI. 30. L. 8. Th. C. XI. 31. L. 2. Th. C. 12. 1. L. 1. C. VII. 63.

147) Ad L. 101. D. 50. 17. ed. Genev. 1654. p. 442.

148) S. 394.

149) S. 397 flg. Vgl. dagegen Bachofen S. 353 flg.

Digitized by Google

61 Tage als Resultat der Berechnung von zwei Monaten, d. h. von 60 Tagen. Nach ihm soll hier Paulus den Tag mitgezählt haben, an welchem der erwählte Duumvir die auf ihn gefallene Wahl erfahren hatte; als novissimus dies wird dann der 61. Tag, d. h. derjenige, in dessen Verlauf der mathematische Endpunkt fällt, betrachtet[150]). Diese Interpretation geht von dem Satze aus, daß die einfache Auslegung von „duo menses" nur 60 Tage gebe, daß aber die civile Computation diese 60 Tage zu 61 vermehre. Der novissimus dies (d. h. wörtlich der letzte Tag) von zwei Monaten, d. h. von 60 Tagen, ist demnach der 61. Dürfte man die 60 Tage so verstehen, daß ihre Zählung erst mit dem Tage nach erhaltener Kenntniß von der Wahl begonnen würde, dann könnte derselbe Tag, welcher nach dieser Zählung der 60. ist, nach der anderen als der 61. bezeichnet werden. Savigny aber verwirft diese letztere Zählung ausdrücklich; er rechnet den Tag der erhaltenen Kenntniß als den ersten der 60 Tage mit und nennt nun doch den 61. novissimus dies. Es ist aber überhaupt in unserer Stelle über die Berechnung der durch die Worte „duo menses" bezeichneten Tagezahl keine Andeutung enthalten. Hätte es sich gerade hierum gehandelt, so konnte Paulus offenbar nicht ohne die größte Unvorsichtigkeit unerwähnt lassen, was er eigentlich entscheiden wollte. Hält man sich genau an seine sehr klaren Worte, so findet man keineswegs die Berechnung von zwei Monaten, welche willkürlich als gleichbedeutend mit 60 Tagen behandelt werden; man findet vielmehr eine einfache Auslegung des von der lex Iulia municipalis gewählten Ausdruckes „duo menses". Die Monate hatten in der Wirklichkeit damals wie heute einen verschiedenen Umfang, bald 28, bald 30, bald 31 Tage. Der Ausdruck mensis umfaßte also nicht, wie der Ausdruck dies oder annus, eine genau bestimmte, allgemein anerkannte, unzweifelhafte Zeitdauer. Auch die Annahmen, wonach mensis, wo es ohne nähere Bestimmung gebraucht wird, stets nur 30 Tage enthalten soll, ist in den Quellen nicht begründet. Eben hieraus müßte sich für die Anwendung und Auslegung der lex Iulia municipalis zunächst die Frage ergeben: wie viel Tage hat der Gesetzgeber unter dem Ausdrucke „duo menses" verstanden? hat er den Monat zu 30 oder zu 31 Tagen gerechnet? Savigny nimmt nun freilich an, es habe kein Zweifel darüber sein können, daß ein Monat stets 30 Tagen, zwei Monate daher stets 60 Tagen gleich seien. Die Kaiser Septimus Severus und dessen Sohn Antoninus Caracalla[151]) hingegen, auf deren Rescript sich Paulus bezieht, fanden für nöthig, durch eine

150) Aehnlich ist die Erklärung von Göschen S. 393. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, S. 263 giebt als Sinn der L. 101. D. 50. 17. folgenden an: Wenn ein Gesetz eine zweimonatliche Frist setzt, so muß der Richter auch noch denjenigen hören, welcher im Laufe des letzten Tages selbst erscheint, so daß also die Frist nicht schon mit dem Anfange, sondern erst am Ende des letzten Tages abgelaufen ist.

151) Nicht die beiden Antonien, wie Bachofen S. 355 behauptet.

Digitized by Google

authentiſche Interpretation jenen Zweifel zu heben und als die Meinung des Geſetzgebers die Summe von 61 Tagen feſtzuſetzen. Dieſe hatte eben die größte Wahrſcheinlichkeit für ſich, da zwar nicht ausſchließlich, aber doch regelmäßig zwei Monate von 30 und 31 Tagen miteinander wechſeln, ein „duorum mensium spatium“ daher in der Regel weder 60 noch 62, ſondern eben 61 Tage betragen wird [152]). Dagegen bemerkt Savigny [153]), daß die Annahme eines „ſolchen mittleren Durchſchnittes“ völlig vereinzelt daſtehe. Dieſer Einwurf wäre indeſſen nur dann zu beachten, wenn es ſich um Computation handelte. Die Interpretation hingegen bezieht ſich ihrer Natur nach auf gewiſſe einzeln ſtehende Ausdrücke und wird beſonders da thätig, wo bei dem Mangel einer beſtimmten Regel nur nach einem hohen Grade von Wahrſcheinlichkeit gefragt werden kann. Durch die Aufnahme unſerer Stelle in die Digeſten hat übrigens Juſtinian derſelben eine weit über die Grenzen der urſprünglichen Anwendung reichende Bedeutung gegeben. Denn nun muß man überall, wo in dem ganzen Umfange der Juſtinianeiſchen Rechtsbücher „duo menses“ genannt werden, ſtets an 61 Tage denken. Alſo nicht mehr blos die duo menses der lex Iulia municipalis ſollen als gleichbedeutend mit 61 Tagen angeſehen werden, ſondern ebenſo die zwei Monate, durch deren Ablauf eine nicht ſchriftlich geleiſtete Bürgſchaft ihre Kraft verlor; ferner die zwei Monate bei dem Verkaufe der Emphyteuſe, bei der Compenſation gegen den Fiscus, bei dem Verkaufe einer vom Richter abgepfändeten Sache [154]). In allen dieſen Fällen hat man nunmehr den Ausdruck „zwei Monate“ als Bezeichnung einer 61tägigen Friſt anzuſehen. Da aber dieſe Beſtimmung durchaus nur auf Interpretation und nicht auf Computation beruht, ſo iſt klar, daß für die Dauer und Berechnung irgend einer anderen, nach Monaten bezeichneten Friſt aus dieſer Auslegung der „duo menses“ nichts abgeleitet werden kann. Die von Paulus gegebene Erklärung iſt auf zweimonatliche Friſten und auf Friſten von anderem Umfange ohne Anwendung [155]). Dieſe Interpretation iſt der einzige Inhalt unſerer

---

152) Schon J. Gothofredus in ſeinem Commentar ad L. 101. D. 50. 17. macht hierauf aufmerkſam, indem er ſagt: „Possit quoque non improbabiliter dici, ideo eum, cui praestituti sunt duo menses ad quid agendum, sexagesimo primo die venientem audiendum, eo quod disparibus et alternantibus inter se ferme mensibus unus 30 dierum sit, alter 31, seu unus plenus, alter cavus, ut loquebantur: de quo Censorinus de die natali c. 20.“

153) S. 396.

154) Es iſt nämlich, wie auch Bachofen S. 356, N. 1 bemerkt, unzuläſſig, mit J. Gothofredus a. a. O. anzunehmen, daß die von Paulus gegebene Erklärung von „duo menses“ nur da gelten dürfe, wo eine Lex, nicht aber da, wo eine andere Rechtsquelle, z. B. das Edict des prätoriſchen Präfecten, eine ſolche Zeitbeſtimmung feſtgeſetzt habe; vgl. L. 27. C. de fideiussor. VIII. 40. (41.)

155) S. Bachofen S. 356. A. M. iſt Savigny S. 399, der die Erklärung der duo menses auch auf Friſten von weiterem Umfange für anwendbar hält. —

Digitized by Google

Stelle. Wie nun die 61 Tage berechnet werden ſollen, darüber ſpricht ſich Paulus nicht aus. Dies verſtand ſich auch nach dem ſo einfachen, überall gleichmäßig angewendeten Princip der civilen Computation ſo ſehr von ſelbſt, daß darüber ausführlicher zu ſprechen unnöthig erſcheinen mußte. Namentlich kann die richtige Anwendung der civilen Zeitberechnung auf den Fall der zwei Monate wohl nicht Gegenſtand eines beſonderen kaiſerlichen Reſcriptes geweſen ſein. Völlig unerklärlich bliebe auch das Wörtchen „ita“. Denn allerdings läßt ſich die Verbindlichkeit der Interpretation eines geſetzlichen Ausdruckes auf den kaiſerlichen Willen zurückführen, nicht aber die an ſich völlig ſichere Anwendung des Computationsprincips auf den beſonderen Fall. Das Wort „audiendus“ weiſt darauf hin, daß die von Paulus aufbewahrte authentiſche Interpretation dem zweimonatlichen Zeitraume eine größere Ausdehnung giebt, als die, an welche man auch und vielleicht zunächſt denken möchte. Dieſe kleinere Friſt ſind eben die 60 Tage, auf welche die reine Multiplication der Monatszahl mit der runden Tagezahl 30 führt. Enthält dagegen unſere Stelle nichts als ein Beiſpiel civiler Berechnung, ſo war das Reſultat ſo unzweifelhaft, daß durchaus nicht von der Möglichkeit einer größeren oder geringeren Ausdehnung der gedachten Friſt, ſondern allein von richtiger oder falſcher Berechnung derſelben die Rede ſein konnte. Wenn Manche in dem Worte „audiendus“ die Hindeutung auf eine beſondere Gnade oder Milde gefunden haben, welche die Zugabe eines Tages veranlaſſe[156]), ſo iſt dieſe Annahme auch von dem Standpunkte der Interpretation aus zu verwerfen[157]). Die Kaiſer beabſichtigten in ihrer Reduction der zweimonatlichen Friſt auf 61 Kalendertage nicht eine Gunſtbezeugung für den zum Decurionat Berufenen, ſondern gaben ſchlechtweg dem wahrſcheinlichſten Sinne des Ausdruckes ihre Genehmigung. Aus der von Bachofen gegebenen, hier angenommenen Erklärung unſerer Stelle ergiebt ſich, wie vergeblich jeder Verſuch der Vereinigung dieſer Stelle mit anderen, in welchen nicht von „duo menses“, ſondern von „sexaginta dies“ die Rede iſt, ſein muß. Dieſen Mißgriff begeht ſchon Pſeudo-Euſtathius, welcher den Fall der L. 101. D. 50. 17. unter der Rubrik *περὶ ξ' ἡμερῶν* (de sexaginta diebus) aufzählt[158]). Auch Savigny hat ſich nicht frei davon erhalten. Seine Auslegung der Stelle geht namentlich aus dem Beſtreben hervor, dieſe zweimonatliche Appellationsfriſt mit der Vorſchrift, welche dem Ehemanne und Vater 60 Tage zur Anklage wegen Ehebruchs geſtattet, in Uebereinſtimmung zu bringen. Ein ſolcher Verſuch iſt vergeblich; denn es handelt ſich ja nicht um zwei verſchiedene Berechnungen

156) Schon die Gloſſe macht die Milde geltend, nach ihr viele Andere; ſehr ausführlich und mit Unterſcheidung der (milden) menses von den (nicht milden) dies, thut es auch J. Gothofredus ad L. 101. D. 50. 17.

157) Vgl. Bachofen S. 357.

158) Doch haben manche Handſchriften der *φοπαί* auch die Rubrik *περὶ δύο μηνῶν*. Vgl. Zachariae, *Αἱ φοπαί* p. 146.

Digitized by Google

einer und derselben Frist, sondern vielmehr um zwei gesetzlich verschiedene bestimmte Fristen, deren Berechnung dahingestellt bleibt. Das Resultat ist dieses: Paulus denkt nicht daran, in unserer Stelle die allgemein anwendbare Regel zu geben, daß man auf das momentum temporis gar keine Rücksicht zu nehmen, sondern stets den letzten Tag (nach Savigny's Erklärung des novissimus dies) ganz zum Handeln frei habe (denn er könnte ja in diesem Falle das Moment nicht unerwähnt lassen); er giebt vielmehr die Länge einer monatlichen Frist nach Tagen an; die Zählungsweise und Computation dieser Tage wird nicht erklärt, vielmehr die civile Berechnung als allgemein bekannt vorausgesetzt. 11) In einer besonderen Beziehung zu der unter 10. erklärten L. 101. D. 50. 17. steht eine Constitution Constantin's an Crispinus v. J. 315 [159]). Die zwei Monate, um deren Berechnung es sich hier handelt, werden von J. Gothofredus in seinem Commentar zu dieser Stelle mit Recht auf die Appellationsfrist bezogen, welche die lex Iulia municipalis dem zum Decurionat Berufenen gestattete. Die forma publici iuris, auf welche Constantin hinweist, ist sonach wohl nichts Anderes, als jene in dem Rescripte des Septimius Severus und Caracalla enthaltene authentische Interpretation. Dieser gemäß sollten die zwei Monate nicht von Kalendertag zu Kalendertag, also wenn der Erwählte die Wahl am 1. Januar erfahren hatte, nicht von den Kalenden des Januar zu den Kalenden des März, sondern ohne alle Rücksicht auf die natürliche Länge der einzelnen Monate zu 61 Tagen berechnet werden. Diese 61 Tage sind eben in Betracht der Verschiedenheit der einzelnen Monatsdauer („pro dierum diversitate" gleichbedeutend mit pro numeri dierum diversitate) ein für allemal so angenommen. Der von Crispinus aufgeworfene Zweifel ist also keineswegs, wie Savigny [160]) behauptet, blos erwähnt und nicht entschieden. Durch die Hinweisung auf jene authentische Interpretation der lex Iulia municipalis ist allerdings „manifeste declaratum", was unter den zwei Monaten zu verstehen sei. Die Unrichtigkeit der Auslegung von Gothofredus ergiebt sich schon aus dem Vorschlage „rerum diversitate" für dierum diversitate zu lesen, und aus der Erklärung des Wortes „comprehendi" durch intelligi. Unrichtig ist die Annahme, wonach eine forma publici iuris ein Gesetz oder wenigstens eine allgemeine Gewohnheit sein soll; eine Gewohnheit, welche schon Numa beobachtet habe [161]). Hätte eine solche Gewohnheit jemals bestanden, so konnte nicht davon abgegangen werden, wie in manchen Stellen geschehen ist, so konnte sie

159) L. 2. Th. C. de decurion. XII. 1.: „Quoniam dubitasti, utrum ex numero dierum, an ex nominatione Kalendarum, computari duum mensium spatia debeant, forma publici iuris observanda est, quae manifeste declarat, quid pro dierum diversitate praeceperit comprehendi." Vgl. über diese Stelle Bachofen S. 358 flg.

160) S. 342, N. t.

161) Nach Liv. Lib. I. cap. 19. und Plutarch im Leben des Numa.

Digitized by Google

ſelbſt in Conſtitutionen der Kaiſer nicht ſo ausdrücklich hintangeſetzt werden. Juſtinian ſpricht von einer Appellationsfriſt von drei Monaten, welche er ausdrücklich zu 93 Tagen berechnet[162]). Wenn Savigny[163]) dagegen bemerkt, daß dieſe Beſtimmung zu vereinzelt daſtehe, als daß ſie beachtet werden könne, ſo iſt damit hier nicht zu helfen. Sie iſt und bleibt ein Zeugniß dafür, daß auch ein Zeitraum von 31 Tagen und nicht nur der von 30 Tagen „mensis" genannt werden konnte; eben dadurch wurde es auch möglich, von den zwei Monaten der lex Iulia municipalis den einen zu 31 Tagen anzuſchlagen. — Nicht zu leugnen iſt, daß in vielen, ja in den meiſten Stellen gerade ein Zeitraum von 30 Tagen als Monat bezeichnet iſt; jedoch wird auch in dieſen Stellen ſtets Sorge getragen, die angenommene Tagezahl zu bemerken, weil der Ausdruck mensis, ohne dieſe nähere Bezeichnung gebraucht, unbeſtimmt und zweideutig wäre. So hat die lex Iulia de adulteriis eine Friſt von 60 Tagen beſtimmt. Dieſe wird von den römiſchen Juriſten gelegentlich eine zweimonatliche Friſt genannt[164]). Dieſer der Kürze halber ſo gewählte Ausdruck konnte keinen Zweifel erregen, da das Geſetz ſelbſt die Tagezahl beſtimmt hatte. Cenſorinus[165]) erzählt uns die Anſicht des Pythagoras über die Tagezahl, nach deren Ablauf ein Kind geboren wird, und nennt dabei denjenigen, welcher „qui decimo et ducentesimo die post conceptionem" geboren wird, einen septemmestris; denjenigen, welcher „CCLXXIV" zur Welt kommt, einen partus decemmestris[166]). Auch hier ſtützt ſich die Berechnung der Tage nicht auf die Angabe der Monate, ſondern es liegt umgekehrt die von vornherein beſtimmte Tagezahl der kürzeren und bequemeren adjectiviſchen Monatsbezeichnung zu Grunde. Dies iſt um ſo unzweifelhafter, da der Ausdruck partus septemmestris von dem Ablaufe, der folgende, partus decemmestris nur von dem Anfange des 10. Monates verſtanden werden ſoll[167]). Wenn Juſtinian die Friſt der 90 Tage, binnen welcher der Erbe das Inventar anfangen und vollenden ſoll, hinterher[168]) eine Friſt von drei Monaten nennt, ſo iſt dieſe Bezeichnung wieder kein Beweis dafür, daß der Ausdruck mensis ſtets nur eine Zahl von 30 Tagen umfaßt, ſondern vielmehr dafür, daß unter anderen auch 30 Tage als Monat bezeichnet werden können. Wäre aber dieſe Zahl nicht zuerſt

---

162) L. 2. L. 5. pr. C. VII. 63.: „Aliis trium mensium spatiis, id est, nonaginta tribus diebus, simili modo sequentibus."

163) S. 339.

164) L. 11. §. 6. D. 48. 5.

165) De die natali cap. 11.

166) Auch Paulus, Sent. Lib. IV. Tit. 9. §. 5. gebraucht, unter ausdrücklicher Beziehung auf jene pythagoräiſche Tagezahl, den Ausdruck „ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur."

167) Eben deshalb ſagt Paulus a. a. O. „septimo pleno, aut decimo mense."

168) L. 22. §. 11. vgl. mit §. 2. C. VI. 30.

genannt, so würde der Ausdruck mensis dieselbe zweifelhaft lassen. Ganz ebenso nennt Justinian in einer neueren Verordnung über die Appellationsfristen [169]) einen Zeitraum von 30 Tagen hinterher einen Monat. Wären statt 30 Tagen 31 Tage gestattet, so hätte auch diese Frist mit demselben Rechte, wie früher in L. 2. und L. 5. pr. C. VII. 63., als eine Monatsfrist bezeichnet werden können. Aus allem diesem ergiebt sich die Richtigkeit der obigen Bemerkung, wonach sich der Ausdruck mensis von annus nicht nur in der Dauer der bezeichneten Zeitfrist, sondern namentlich auch dadurch unterscheidet, daß mensis gar keine bestimmte Anzahl Tage, etwa 30 umfaßt, während annus stets und unwandelbar 365 Kalendertage enthält. Mit anderen Worten: es giebt keine juristische Monate, wie es juristische Jahre von 365 Kalendertagen giebt; es giebt vielmehr individuelle Monate, von verschiedener Dauer, namentlich von bald 30, bald 31 Tagen; und daher kommt es, daß sowohl 30tägige als 31tägige Fristen als Monate bezeichnet werden. Wegen dieser Unbestimmtheit haben die Gesetze, namentlich der früheren Zeit, die von ihnen bestimmten Fristen niemals in Monaten, sondern stets in Tagen oder in Jahren und deren Bruchtheilen bezeichnet. Das tempus iudicati bestimmen die 12 Tafeln zu 30 Tagen, die Dauer der Fesselung zu 60 Tagen [170]). In ähnlicher Weise sind später die Fristen der bonorum possessio et venditio geordnet [171]). Die lex Aquilia spricht von 30 Tagen und von einem Jahre. Das Edict der Aedilen gestattet 60 Tage zur Zurückforderung der Zugthiere ornamentorum nomine [172]). Die lex Silvani et Carbonis knüpfte die Aufnahme in das römische Bürgerrecht unter anderen an die Bedingung: „si sexaginta diebus apud Praetorem essent professi [173]). Die lex Iulia municipalis selbst setzt bei einer Gelegenheit eine Frist von 30 Tagen [174]), bei einer anderen eine solche von 60 Tagen an [175]). Diesen Beispielen der Zeitbestimmung nach Kalendertagen lassen sich aus der ganzen Zeit der Republik keine ähnlichen Zeitbestimmungen in Monaten ausgedrückt an die Seite setzen. Nur die halbjährige Frist wird in der Regel durch sex menses bezeichnet. So die alte Proceßverjährung: litem anno et sex mensibus mori; — so in dem Edict der Aedilen, welches den Antrag auf Redhibition kranker Thiere und ebenso die actio quanti minoris „in sex mensibus" gestattet [176]); — so bei der Bestimmung, daß der Ehemann zur Strafe gewisser geringerer Vergehungen die dos der Frau „senum mensium die" zurückzahle. Aehnlich lautete das Gesetz von Cäsar, wonach die Schul-

169) Nov. 115. cap. 2.
170) Gell. Noct. Att. Lib. XX. cap. 1. §. 45 sq.
171) Gai. Inst. Comm. III. §. 79.
172) L. 38. pr. D. 21. 1.
173) Cicero, pro Archia cap. 3.
174) Haubold, Monum. p. 109.
175) Haubold, Monum. p. 129. 130.
176) L. 38. pr. D. 21. 1.

Digitized by Google

den „sexies semestri die“ zurückgezahlt werden sollten[177]). So gestattete die lex Iulia den Frauen eine vacatio von einem Jahre nach dem Tode des Mannes, von sechs Monaten nach der Scheidung; die lex Papia zwei Jahre von dem Tode des Mannes, ein Jahr sechs Monate nach der Scheidung. In allen diesen Fällen wurde nicht an die Multiplication einer bestimmten Tagezahl, seien es nun 30 oder 31, durch die Anzahl der Monate, sondern vielmehr an eine Halbirung der Jahresdauer gedacht. Sehr anschaulich wird dieses Verhältniß aus der Vergleichung der halbjährigen Termine bei der Rückzahlung der dos mit denjenigen Terminen, welche dem schuldlosen Manne gestattet sind, und denjenigen, welche die volle Strafe des Ehebruches enthalten. Die dos, welche bei völliger Schuldlasigkeit des Ehemannes „annua, bima, trima die“ zurückbezahlt werden soll, muß bei geringeren Vergehen „senum mensium die“, d. h. nach Ablauf der Hälfte jener Zeit, und im Falle des adulterium sofort ohne alle Stundung zurückgezahlt werden. Ebenso darf man durchaus nicht annehmen, daß Cäsar's Bestimmung „sexies semestri die“ der in solchen Fällen gewöhnlich gestatteten Summe der Zeit von drei Jahren nicht gleichgekommen sei. Nicht weniger werden die sex menses des ädiliziſchen Edictes zu der Jahresfrist in einen bestimmten Gegensatz gebracht. Die lex Iulia wollte durch ihre Bestimmung „litem anno et sex mensibus mori“ nicht etwa 1 Jahr und 180 Tage, sondern genau ein und ein halbes Jahr bezeichnen. Diese Halbirung der Jahresdauer läßt sich auf zweifache Art denken: entweder als Halbirung der Tagezahl (ex numero dierum), oder so, daß nur der Ablauf der nächsten sechs Monate verlangt wird (ex nominatione dierum). Die erste Annahme ergiebt 182 Tage und einen Bruchtheil; die zweite dagegen rechnet von dem Kalendertage, mit welchem die Frist beginnt, auf den gleichnamigen Tag des siebenten Monates, z. B. von dem 1. Januar zu dem 1. Juli. Von der Berechnung des halben Jahres zu 182 Tagen findet sich in den Quellen des römischen Rechtes keine Spur. Zwar soll nach der Behauptung Savigny's[178]) die Annahme der 182 Tage als kürzesten Zeitraums der Schwangerschaft[179]) gerade auf jener Halbirung beruhen, wobei die römischen Juristen der Kürze wegen den Bruch weggelassen hätten. Es ist aber, wie Bachofen[180]) bemerkt, mehr als unwahrscheinlich, daß der berühmte Arzt Hippocrates, auf welchen die Annahme des 182. Tages ausdrücklich zurückgeführt wird, keinen besseren Grund als die Halbirung des bürgerlichen Jahres gehabt haben sollte. Obwohl zufällig gerade die Hälfte[181]), so stützt sich jene Zahl doch wohl nur auf Naturbeobachtung. Zu der An-

177) Caesar, de bello civili III. 10. fin. nach der unzweifelhaften Conjectur Niebuhr's.

178) S. 339.

179) L. 3. §. 12. D. 38. 16.

180) Zeitschrift a. a. O. S. 364.

181) Die Idee der Halbirung des Jahres wird auch durch den Ausdruck

nahme der Berechnung des halben Jahres nach dem Ablaufe der sechs nächstliegenden Monate nöthigt uns dagegen die Beobachtung, daß die Berechnung der nach Monaten bestimmten Fristen regelmäßig von Kalendertag zu Kalendertag (ex nominatione dierum) ohne Rücksicht auf die individuelle Dauer der einzelnen Monate geschieht. Beweise dafür sind folgende. a) So berechnet Papinian auf diese Weise die Vertheilung der Dotalfrüchte des letzten Ehejahres[182]). Hier werden die Kalendermonate, also z. B. der Zeitraum von den Kalenden des März bis zu den Kalenden des April als Zwölftheile des Jahres behandelt; sechs solcher Kalendermonate, mögen sie nun einzeln von sehr verschiedener Dauer sein, geben nach dieser Berechnung $^6/_{12}$ oder genau die Hälfte des Jahres. Savigny[183]) beschuldigt hier den Papinian, weil er nicht mit ihm übereinstimmt, der Ungenauigkeit. b) Ganz im Einklange mit Papinian steht die Bemerkung Ulpian's in einer Stelle des Digestentitels de aqua quotidiana et aestiva[184]). Hier wird das ganze Jahr in Sommer und Winter, beide zu je sechs Monaten, getheilt und der Sommer ab aequinoctio verno ad aequinoctium autumnale gerechnet. Hierin liegt ein unmittelbares Zeugniß, daß die sechs Monate nicht nach einer bestimmten Anzahl Tage, sondern von Kalendertag zu Kalendertag gerechnet wurden. Entsprechend hiermit ist in einem anderen Paragraphen derselben Stelle[185]) von dem aequinoctium vernum bis zu dem zweiten aequinoctium autumnale ein Zeitraum von einem Jahre und sechs Monaten angenommen. c) Bekanntlich durfte seit den ältesten Zeiten bei den Römern eine Witwe innerhalb zehn Monaten nach dem Tode des Mannes nicht zur zweiten Ehe schreiten. Die Dauer von zehn Monaten wurde nämlich als äußerste Grenze der möglichen Schwangerschaft betrachtet[186]), und deshalb, zur Verhütung der sanguinis turbatio, jenem Verbote zu Grunde gelegt. In Anwendung desselben Grundsatzes wurde das nach Ablauf der ersten zehn Monate von dem Tode des Vaters an, von der Witwe geborene Kind von der Intestaterbfolge ausgeschlossen[187]). Eben diese zehn Monate haben auch in der Trauerzeit der Eltern und der Kinder über zehn Jahre ihre Anwendung gefunden[188]). Zwar handelt es sich hier nicht um eine

---

„septimo mense" natus von einem am 182. Tage Geborenen ausgeschlossen. L. 12. D. 1. 5. — Gell. Noct. Att. Lib. III. cap. 16. §. 1.

182) L. 7. §. 1. 2. D. 24. 3.

183) S. 340.

184) L. 1. §. 32. D. 43. 20.

185) L. 1. §. 34. D. 43. 20.

186) Gell. Noct. Att. Lib. III. cap. 16. §. 1. In §. 12 findet sich die Bemerkung, daß auch die 12 Tafeln diesen Satz gesetzlich anerkannten: „... quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent."

187) L. 3. §. 11. D. 38. 16.

188) Fragm. Vat. §. 321.: „Lugendi autem sunt parentes anno, item liberi maiores X annorum aeque anno, quem annum X mensium esse Pomponius ait, nec leve argumentum est annum decem mensium esse, cum minores liberi tot

Digitized by Google

sanguinis turbatio, daß aber in beiden Fällen dennoch ganz dieſelbe Zeitbeſtimmung gemeint iſt, wird auch durch die Bemerkung Ulpian's beſtätigt, nach welcher die im Edict vorkommende Erwähnung der Trauer für das Eheverbot eine bloße Zeitbeſtimmung ſein ſoll [189]). Dieſe zehn Monate, als längſte Dauer der Schwangerſchaft, werden nicht in einer beſtimmten unabänderlichen Anzahl von Tagen angegeben, wie der Termin der kürzeſten Dauer, noch, wie die 182 Tage, auf die beſtimmte Angabe des Hippocrates zurückgeführt [190]). Im Gegentheil iſt aus Gellius [191]) bekannt, daß Hippocrates die längſte Dauer der Schwangerſchaft nur ſehr annäherungsweiſe zu beſtimmen wagte. Die Annahme der zehn Monate iſt daher als ein uralter Satz des römiſchen Rechtes anzuſehen. In der That wird derſelbe auf Numa zurückgeführt [192]) und iſt in den 12 Tafeln angenommen [193]). Schon dieſes würde berechtigen, hier dasjenige anzunehmen, was für die Erklärung der 182 Tage abzuweiſen war, nämlich eine Beziehung zu der Jahresdauer. Ohne Zweifel ſind die zehn Monate das alte Jahr von 304 Tagen [194]). Die Vaticaniſchen Fragmente ſprechen ausdrücklich von dieſem zehnmonatlichen Jahre, obſchon zunächſt nur in Bezug auf die Trauer und nicht auf die Witwenzeit. Als nun ſpäter dieſes zehnmonatliche Jahr mit dem zwölfmonatlichen vertauſcht wurde, bezeichnete man die ehemalige Friſt nicht mehr als eine jährige, ſondern jetzt als eine zehnmonatliche. Wollte man nun annehmen, daß hier der Monat nothwendig zu 30 Tagen gerechnet werden müſſe, ſo würde hierdurch der alte Zeitraum, welchen man doch nicht ändern, ſondern nur anders bezeichnen wollte, plötzlich um vier Tage verkürzt werden. Eben deshalb kann dieſe einfache Multiplication der Monatszahl (10) mit der Tagezahl (30) nicht als die römiſche Monatsberechnung angeſehen werden. Die Römer zählten vielmehr von Kalendertag zu Kalendertag. d) In den Vaticaniſchen Fragmenten (§. 321) wird übereinſtimmend mit Plutarch (Numa cap. 12) berichtet, daß das zehnjährige Kind ein Jahr (d. h. ein zehnmonatliches Jahr) betrauert werde; hingegen ein Kind

---

mensibus elugeantur, quot annorum decesserint usque ad trimatum; minor trimo non lugetur, sed sublugetur; minor anniculo neque lugetur, neque sublugetur."

189) L. 11. §. 1. D. 3. 2. Auch Plutarch. Numa cap. 12. ſtellt das Eheverbot für die Witwen und das Trauergebot für Kinder und Eltern zuſammen.

190) In den Stellen, welche von Hippocrates ſprechen, iſt immer nur von der kürzeſten möglichen Dauer der Schwangerſchaft die Rede. L. 3. §. 11. D. 38. 16. L. 12. D. 1. 5.

191) Noct. Att. Lib. III. cap. 16. §. 20.: „Hippocrates autem in eo libro, de quo supra scripsi, cum et numerum dierum, quibus conceptum in utero coagulum conformatur, et tempus ipsius partionis nono aut decimo mense definisset, neque id tamen semper eodem esse fini dixisset, sed alias ocius fieri, alias serius."

192) Plutarch. Numa cap. 12.

193) Gell. l. c. §. 12.

194) Vgl. den Artikel Calender Bd. II, S. 533.

Digitized by Google

über drei Jahre so viele Monate, als es Jahre alt geworden ist, also ein achtjähriges Kind acht Monate, ein neunjähriges neun Monate[195]). Wollte man hier für diese neun Monate neunmal 30 Tage berechnen, so würde man zu dem merkwürdigen Resultate gelangen, daß für das zehnte Lebensjahr nicht dieselbe Trauerzeit, wie für jedes der früheren neun Jahre, sondern vier Tage mehr berechnet werden müßten. Auch dieses führt nothwendig zu der Annahme einer Berechnung nicht ex numero, sondern ex nominatione dierum. Das Resultat ist folgendes: Der Monat ist kein bestimmtes Zeitmaaß, wie der Kalendertag und das Kalenderjahr; es giebt vielmehr Monate von verschiedener Dauer. Soll daher eine in Monaten bestimmte Frist berechnet werden, so ist darunter nicht eine bestimmte Zahl von Tagen zu verstehen, sondern vielmehr, mit Vernachlässigung der individuellen Ungleichheit der einzelnen Monate, von dem Anfangstage der Frist zu dem gleichnamigen Tage eines folgenden Monates vorzuschreiten. Dieses ist die Regel des römischen Rechtes, welche überall befolgt werden muß, wo sie nicht durch besondere Bestimmung ausgeschlossen wird. Eine solche Bestimmung findet sich eben in der L. 2. Th. C. XII. 1., welche die zwei Monate der lex Iulia municipalis gesetzlich zu 61 Tagen fixirt, und zwar in Betracht der zu großen Abweichung, welche sich aus der individuellen Monatslänge („pro diversitate dierum") für die einzelnen Fälle der Anwendung ergeben könnte. Savigny[196]) findet die Zählung nach entsprechenden Monatstagen deshalb sehr bedenklich, weil zwar die Kalendae, aber nicht die Nonae und Idus stets dieselbe Stelle im Monat einnahmen. Allein dieser Unterschied von zwei Tagen konnte ebensogut vernachlässigt werden, als jener der individuellen Monatsdauer. Wer diesen Unterschied für zu bedeutend erachtete, konnte, mochte er Privatmann oder Gesetzgeber sein, der Ausdrucksweise nach Kalendertagen sich bedienen. Erwägt man übrigens, daß jene eigenthümliche Abweichung in der Lage der Idus und Nonen durch die Abwechselung der Monate und durch die größere Ausdehnung der nach Monaten bestimmten Fristen meistentheils wieder ausgeglichen wird, und daß auch bei der Rechnung nach Tagen, zu der Zeit, als es noch menses intercalares gab, viel bedeutendere Ungleichheiten vernachlässigt werden mußten, so wird jene wechselnde Lage der Idus und Nonen nicht länger beachtenswerth erscheinen. Das Mißliche dieser kleinen Ungleichheiten mußte durch die unverkennbare Leichtigkeit der Zählung nach Monatstagen völlig in Vergessenheit kommen. Eine Berechnung des Monates zu 30 Tagen würde nicht nur verwickelter sein, sondern auch zu Resultaten führen, welche den Ansichten des täglichen Lebens widersprächen. Wer am 1. September nach vier Monaten

---

195) Ganz andere Bestimmungen über die Trauerzeit hat Paul. Sent. Lib. I. Tit. 21. §. 13., eine Stelle, welche allein auf der sehr verdächtigen Autorität einer von Cujacius benützten Handschrift von Besançon beruht. Siehe Savigny, System Bd. 2, S. 551—553.

196) S. 342, N. t.

Digitized by Go

zu zahlen verspricht, würde sich offenbar für beeinträchtigt halten, wenn er schon am 30. December, statt am 1. Januar zur Zahlung angehalten werden sollte. Deshalb hat auch der Code de commerce art. 132, freilich zunächst nur für den Verfall der Wechsel, die Regel aufgestellt: „Les mois sont tels qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien," und somit ausschließend die Beachtung der individuellen Monatslänge anbefohlen. Eben dies spricht die allgemeine teutsche Wechselordnung aus[197]). Die einzige Schwierigkeit tritt hierbei ein, wenn der Anfang des Zeitraumes auf einen der letzten Tage eines langen Monates fällt, der Monat aber, in welchem die Zeit abläuft, nicht so viele Tage zählt. Dieser Schwierigkeit wird am leichtesten dadurch abgeholfen, daß man den Ablauf auf den letzten Monatstag eintreten läßt. Wird also z. B. ein Wechsel auf zwei Monate a dato am 31. December ausgestellt, so wird er am 28. Februar fällig, und derselbe Erfolg muß unverändert eintreten, wenn der Wechsel am 28. 29. oder 30. December ausgestellt wird. Die teutsche Wechselordnung hat dies ausdrücklich anerkannt. Wohl zu beachten ist überdies der Umstand, daß jene verschiedene Lage der Idus und Nonen, auf welche Savigny solches Gewicht legt, eine Folge der Revision des Kalenders durch Cäsar ist. Als Cäsar das Numa'sche Jahr von 355 Tagen um 10 Tage zu verlängern und so den Schaltmonat Mercedonius außer Gebrauch zu setzen beschloß, wurden jene Zusatztage unter den sieben 29tägigen Monaten so vertheilt, daß man den Januar, Sextilis (August) und December um je zwei Tage, die übrigen vier um je einen Tag vermehrte[198]). Unter den sieben Monaten, welche nun 31 Tage hatten, unterschieden sich die vier alten, von jeher 31tägigen Monate (März, Mai, Juli und October) dadurch, daß ihre Nonen auf den 7., mithin die Idus auf den 15. Monatstag fielen. Diese jetzt erst eintretende Verschiedenheit konnte an der althergebrachten Monatsberechnung von Kalendertag zu Kalendertag nichts ändern. Die Fälle, in welchen diese Regel der Monatsberechnung zur Anwendung kommt, sind der Zahl nach nicht unbedeutend. Sie rühren alle aus der Kaiserzeit her[199]). Erst in dieser konnte, seit durch Cä-

---

197) Art. 32: „Bei Wechseln, welche mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist nach Sicht oder nach Dato zahlbar sind, tritt die Verfallzeit ein: ... 2) wenn die Frist nach Wochen, Monaten oder einen mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, an demjenigen Tage der Zahlungswoche oder des Zahlungsmonates, der durch seine Benennung oder Zahl der Ausstellung oder Präsentation entspricht; fehlt dieser Tag in dem Zahlungsmonate, so tritt die Verfallzeit am letzten Tage des Zahlungsmonates ein."

198) Vgl. den Artikel Calender Bd. II, S. 536.

199) Mehrere Fälle hat Savigny, System Bd. 4, S. 341 zusammengestellt. Sie können aus der Schrift des Pseudo-Eustathius über die Zeitabschnitte leicht vervollständigt werden. Schon früher ist bemerkt worden, daß alle zweimonatlichen Fristen gemäß der abstracten Gestalt, welche die Interpretation der lex Iulia municipalis in den Digesten (l. 101. D. 50. 17.) ange-

Digitized by Google

sar's Kalenderreform die alte Verwirrung und Willkür unmöglich geworden war, der Monat eine gangbare Fristbezeichnung werden. Früher mochten weder Privatpersonen, noch Magistrate, noch Gesetzgeber sich dem völlig regellosen Intercalationssystem der Pontifices überlassen. — Schließlich ist noch die Frage zu berühren, ob der gleichnamige Monatstag, auf welchen hin gerechnet wird, noch innerhalb der Grenzen der gestatteten Frist oder schon außerhalb derselben liegt; ob also z. B. die redhibitorische Klage, welche am 1. Januar zusteht, noch am 1. Juli oder zuletzt am 30. Juni angestellt werden kann. Zwei schon früher erwähnte Stellen (L. 7. D. 24. 3. und L. 1. §. 34. D. 23. 20.) lassen hierüber keinen Zweifel. In der letzten Stelle nennt Ulpian den Tag vor dem aequinoctium autumnale den letzten Termin für Anstellung des interdictum de aqua, welchem doch in diesem Falle eine Zeit von vollen 18 Monaten offen gestanden habe. In L. 7. §. 1. D. 24. 3. rechnet Papinian die Dauer der Ehe vom 1. November bis zum letzten Januar genau als ein Vierteljahr[200]), und gestattet daher dem Manne den vierten Theil der Dotalfrüchte des letzten Ehejahres. In §. 2 wird zwar der Zeitraum von den Kalenden des März bis zu den Kalenden des April, an welchen die Scheidung erfolgte, einem Monat und daher dem zwölften Theil der Dotalfrüchte gleichgesetzt; allein dieser 1. April wird hier nur deshalb genannt, weil mit dessen Anbruch der erste Monat bestimmt verflossen ist, da der zweite schon angefangen hat. Nach §. 1 würde schon der 1. März genügen. Hierin liegt wieder eine Bestätigung der Bachofen'schen Auffassung der civilen Computation, wonach der Tag, in dessen Verlauf das fragliche Ereigniß fällt, als Anfangstag mitgezählt wird, das Ende der zu berechnenden Frist daher stets in die Mitternachtstunde fällt, welche dem mathematischen Endpunkte unmittelbar vorangeht. 12) Noch ist eine Stelle zu erwähnen, welche als Prüfstein der Richtigkeit des von Bachofen aufgestellten Systems anzusehen ist, nämlich L. 3. §. 3. D. 4. 4.: „Minorem autem XXV annis natu videndum, an etiam die natalis sui adhuc dicimus, ante horam, qua natus est, ut, si captus sit, restituatur? et, cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur[201])." Es handelt sich hier um eine Ausnahme von der gewöhnlichen Computation, und zwar um eine zu Gunsten des Minderjährigen angenommene, wenn dieser auf Grund seiner Minderjährigkeit Restitution sucht. Ulpian deutet durch seine Ausdrucksweise auf eine gar nicht zweifelhafte Art an, daß nach dem Princip der civilen Computation die 25 Jahre in der Mitternachtstunde, welche dem mathematischen Endpunkte voran-

---

nommen hat, unabhängig von der individuellen Monatsdauer zu 61 Kalendertagen gerechnet werden müssen.

200) „... si ... (fundum) vir ex kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio retinere virum ... quartam partem mercedis aequum est ..."

201) Vgl. über diese Stelle Bachofen S. 371—374.

Digitized by Google

geht, als abgelaufen angesehen werden müßten; er will aber hier ausnahmsweise auch noch einen Theil des Geburtstages, nämlich den der Geburtsstunde vorangehenden, mit in die 25 Jahre hineinziehen. Gegen alle erweislich vor diesem Momente geschlossenen Rechtsgeschäfte soll Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangt werden können. Es ist hier für den Minderjährigen keineswegs eine von der civilen Computation völlig abweichende Berechnung in Anwendung gebracht; vielmehr wird ganz einfach gegen die in der civilen Computation liegende praesumtio iuris ein Gegenbeweis zu Gunsten des Minderjährigen zugelassen. Kann dieser nicht beweisen, daß ein Geschäft, gegen welches Restitution gesucht wird, noch vor die der Geburtsstunde entsprechende Zeit fällt, so tritt jene in der civilen Computation liegende rechtliche Vermuthung wieder in Kraft. Ihr zu Folge wird dann der Richter keine Restitution gegen ein an dem Geburtstage geschlossenes Geschäft ertheilen. Daher wäre die Behauptung unrichtig, die Volljährigkeit beginne rechtlich erst mit derjenigen Stunde des 26. Geburtstages, welche der Geburtsstunde selbst entspricht. Sie beginnt vielmehr, ganz der allgemeinen Regel gemäß, schon mit der der Geburtsstunde vorangehenden Mitternachtstunde, und blos zur Begründung des Restitutionsgesuches wird der Nachweis der Geburtsstunde gestattet. Der Grund dieser Modification liegt in der Natur der Rechtswohlthat der Restitution, welche als besondere Begünstigung auf die möglichst vortheilhafte Weise zu Gunsten der begünstigten Person ausgelegt werden muß. Im ganzen römischen Rechte findet sich kein ähnlicher Fall. Ueberall wird sonst die dem mathematischen Endpunkte vorangehende Mitternachtstunde als Schluß jeder Frist angesehen und kein Gegenbeweis zugelassen [202]). Die Erklärung, welche Savigny [203]) von dieser Eigenthümlichkeit in der Berechnung der Minderjährigkeit zum Zwecke der Restitution giebt, ist nicht befriedigend. Da nach seinem System das römische Civilrecht nicht Ein Berechnungsprincip, sondern zwei Berechnungsarten kennt, und danach bald auf die letzte Mitternachtstunde zurückgeht, bald zu der nächsten vorwärts schreitet, so entsteht für ihn zuerst die Frage: welche dieser in ihrem Resultat um volle 24 Stunden von einander abweichenden Berechnungsarten auf den Fall der Restitution eigentlich Anwendung finden müßte. Savigny beantwortet diese Frage nicht bestimmt. Von der einen Seite, meint er, könne man den Ablauf der Minderjährigkeit als eine Rechtserwerbung,

---

202) Dieses ist nicht die allgemeine Ansicht. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, S. 264 findet die natürliche Computation a momento ad momentum auch noch in der neuen Frist zur Einwendung der Appellation, welche in Nov. 23. cap. 1. bestimmt ist. Puchta, Pandekten S. 55 gestattet Jedem, auf die natürliche Computation zu recurriren, welcher nach der Civilcomputation ein Alter, welches ihn gewisser Rechte beraubt, früher erreichen würde. Göschen S. 388 sieht in der in integrum restitutio nur ein Beispiel des ganz allgemeinen Satzes, nach welchem Jedem, welchem die natürliche Computation Vortheil gewähren kann, das Recht zusteht, sich auf dieselbe zu berufen.

203) S. 405—408.

Digitized by Go

von der anderen ebensogut als einen Rechtsverlust ansehen. In dieser Unsicherheit hätten dann die römischen Juristen die beiden erwähnten Zeitrechnungen aufgegeben und durch Wahl eines in der Mitte der beiden Extreme liegenden Punktes sich aus der Verlegenheit geholfen. Könnte man nun auch den Einfluß jenes doppelten Gesichtspunktes von Rechtsverlust und Rechtserwerb auf die civile Computation zugeben, so müßte doch für die in integrum restitutio jede Analogie mit dem Rechtserwerbe durch Usucapion oder Testamentsmündigkeit von vornherein zurückgewiesen werden. Der Ablauf der Minderjährigkeit nimmt von demjenigen, was die Person hat, Etwas weg und giebt Nichts hinzu. Dagegen ist die Analogie mit dem Verluste des Klagrechtes eine vollkommene. Wenn Savigny dies leugnet, da die Klagenverjährung und die ihr ähnlichen Fälle auf einer Versäumniß, dagegen der durch Volljährigkeit herbeigeführte Verlust auf einem unfreiwilligen Naturereignisse beruhe: so vergleicht er hier völlig disparate Momente. Der Ablauf der Frist findet sich in beiden Fällen; somit beruht der Verlust beide Male auf einem unfreiwilligen Naturereignisse. Was nun verloren wird, ob das Recht zur Restitution oder das Recht zu klagen, ist gleichgiltig. Die Anwendung dieses allein möglichen Gesichtspunktes auf die Restitution müßte nun consequenter Weise zu der Annahme der nächstfolgenden und nicht der nächstvorangehenden Mitternachtsstunde führen, wie dieses bei der Klagenverjährung und in den ihr ähnlichen Fällen von Savigny angenommen wird. Demnach würde Ulpian den Minderjährigen durch die in der angeführten Stelle aufgestellte Rechnungsweise nicht nur nicht begünstigen, sondern ausnahmsweise verkürzen. Es ist aber nicht denkbar, daß die in der Befugniß zur Restitution liegende Rechtswohlthat zum Nachtheil des Begünstigten ausgelegt würde.

Das Resultat ist folgendes: Die Civilcomputation beruht auf dem Grundsatze, daß nur nach Kalendertagen gerechnet wird. Das Ende jeder möglichen Frist fällt daher stets in die dem mathematischen Schlußpunkte vorangehende Mitternachtsstunde. Eine Berufung auf den mathematischen Schlußpunkt wird blos dem die Restitution suchenden Minderjährigen verstattet. — Die Stellen, welche von dem 24 Stunden früher eintretenden Ende einer Frist sprechen, enthalten sämmtlich keine Computation der Zeit, sondern eine Interpretation gewisser Ausdrücke. — Dies gilt namentlich für folgende Stellen: L. 1. D. 40. 1. (Ulpian über die Manumission); L. 132. und 134. D. 50. 16. (Paulus über den Annieulus); L. 5. D. 28. 1. (Ulpian über die Testamentsmündigkeit); L. 101. D. 50. 17. (Paulus über die duo menses der lex Iulia municipalis). — Diese Interpretation wurde nun von einzelnen Juristen selbst in Fragen reiner Computation eingemischt. Daraus ist die abweichende Ansicht von Venulejus über die Beendigung der Usucapionsfrist (L. 15. pr. D. 44. 3.) hervorgegangen. Einen solchen ungebührlichen Einfluß der Interpretation auf die Beantwortung reiner

Computationsfragen weist Paulus in L. 6. D. 44. 7. entschieden zurück. Da, wo die Digesten in Folge einer besonderen Interpretation von der reinen Anwendung der Computation abweichen, nämlich bei Bestimmung der Fähigkeit zur Manumission und der Testamentsmündigkeit, des Anniculus und der zwei Monate, da müssen wir heutzutage diese Abweichung als Gesetz anerkennen. So oft aber die civile Berechnung rein zur Anwendung kommen kann, darf auch nie weiter als auf die nächst vorangehende Mitternachtsstunde zurückgegangen werden.

4) Utile tempus[204]). Das utile tempus ist schon durch seinen Begriff auf solche Zeiträume beschränkt, in welchen die Unthätigkeit des Berechtigten den Verlust des Rechtes nach sich zieht. Hat nämlich diese Unthätigkeit in einzelnen Fällen ihren Grund in einem unüberwindlichen Hindernisse, so kann hierauf billige Rücksicht in der Art genommen werden, daß diejenigen Zeittheile, in welchen das Hinderniß stattfand, gar nicht als abgelaufen oder versäumt mitgerechnet werden[205]), so daß der Zeitraum um eben so viele Zeittheile in der That erweitert wird, als durch das Hinderniß aus der Berechnung ausgefallen sind. Wo diese Modification zur Anwendung kommt, heißt die Zeit utile tempus; wo sie nicht gilt, also die Zählung der Zeittheile ohne Rücksicht auf Hindernisse durchgeführt wird, continuum[206]). Die Zeittheile, welche auf diese Weise dem Handelnden zu Gute gerechnet werden, sind stets einzelne, aber ganze Tage, auch da, wo der Zeitraum selbst nicht in einer Zahl von Tagen, sondern in größeren Zeitabschnitten (Jahr oder Monat) ausgedrückt ist[207]). Das Eigenthümliche dieser billigen Begünstigung

---

204) Hauptstellen: L. 1. D. 44. 3. L. 2. D. 38. 15. Schriftsteller: Donellus, Comm. iur. civ. Lib. 16. cap. 8. §. 17. Haubold, Opuscula T. I. p. 397—438 (von 1791). Gmelin, über die stete und zusammengesetzte Zeit, in Danz, Gmelin und Tafinger, krit. Archiv der jurist. Literatur Bd. 2, S. 193—244. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 4, §. 190—191. S. 421—453. Wir sind letzterem gefolgt.

205) Der Kunstausdruck ist: dies cedunt, non cedunt.

206) Tempus utile, continuum. L. 2. D. 38. 15. — Dies utiles in beiden Hauptstellen; auch in §. 16. D. 1. 25. — Menses. L. 19. §. 6. D. 21. 1. L. 29. §. 5. D. 48. 5. — Annus. L. 19. §. 6. D. 21. 1. L. 8. C. de dolo II. 20. (21.) — Biennium continuum. L. 8. C. de dolo II. 20. (21.) — Quodriennium. L. 7. C. de tempor. in int. rest. II. 52. (53.) — Quinquennium. L. 29. §. 5. L. 31. D. 48. 5. — Auch kommt für diese Behandlung der Zeit das Substantivum utilitas temporis vor. L. 2. §. 3. D. 38. 15.; ebenso für die entgegengesetzte: continuatio temporis. L. 7. pr. C. de tempor. in int. rest. II. 52. (53.)

207) L. 2. pr. D. 38. 15.: „Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies utiles sint: scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Ceterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat.“ — Tritt das Hinderniß mitten in einem Tage ein, so muß dieser ganze Tag als ausfallend gelten, weil die Rechtsregel stets eine Anzahl vollständiger Tage zum Handeln gestattet, dieser Tag aber kein vollständiger ist. Reinfelder S. 16, 17 will hier Stunden und Minuten einzeln zählen; dies würde aber dem Ausdrucke

Digitized by Google

beſteht nun darin, daß dieſelbe ganz von ſelbſt, in Folge einer allgemeinen Rechtsregel (ipso iure) eintritt, nicht durch eine Reſtitution, welche immer die freie Einwirkung der Obrigkeit auf ein einzelnes Rechtsverhältniß vorausſetzt und daher von dem utile tempus durchaus verſchieden iſt. Man darf jedoch den zur vorläufigen Ueberſicht aufgeſtellten formellen Begriff des utile tempus nicht ſo auffaſſen, als ob daſſelbe in allen Fällen wirklich zur Anwendung käme. Zwar negativ läßt ſich auch ſchon dieſer formelle Begriff mit Sicherheit gebrauchen, um alle darunter nicht enthaltene Fälle entſchieden auszuſchließen. So dauerte die alte Uſucapion beweglicher Sachen nur ein Jahr, und dieſer kurze Zeitraum konnte dazu verleiten, ein utile tempus anzunehmen; dennoch galt dieſes hier niemals[208]), weil die Uſucapion weſentlich auf dem Beſitze dieſes Erwerbers beruht, nicht auf der Unthätigkeit des früheren Eigenthümers, welche hier bloße Nebenſache iſt und im alten Rechte großentheils gar nicht vorhanden war[209]). Aber ein poſitiver Gebrauch läßt ſich von jenem Begriffe nur mit Vorſicht machen. Das utile tempus gilt nämlich ſelbſt in dem oben bezeichneten Falle, doch nur unter folgenden beſonderen Bedingungen, welche vereinigt vorhanden ſein müſſen, wenn daſſelbe zur Anwendung kommen ſoll. 1) Das utile tempus kommt nur bei ſolchen Handlungen vor, welche vor einer richterlichen Obrigkeit vorzunehmen ſind. Dadurch ſind folgende Fälle allgemein ausgeſchloſſen: a) die einjährige Deliberationsfriſt[210]); b) der Anfang eines erbſchaftlichen Inventars ſowie die Beendigung deſſelben[211]); c) die 30 Tage, innerhalb welcher eine geſchiedene Frau ihre Schwangerſchaft dem Manne anzeigen muß[212]). Aber ſelbſt bei den oben bemerkten Handlungen iſt es nicht allgemein; namentlich ſind die 50 Tage, in welchen die Excuſation von einer Vormundſchaft bei Gericht angebracht werden muß, continui[213]). Eigentlich bleiben nur zwei Hauptfälle für die Anwendung des utile tempus übrig, worauf die Hauptſtellen (L. 1. D. 44. 3. L. 2. D. 38. 15.) ſich beziehen: der Erwerb der bonorum possessio und die Klagenverjährung. Dieſer letzten ſind jedoch

---

der angeführten Stelle nicht entſprechen, ſondern es wäre auch unrichtig. Denn die Geſchäftszeit jedes Tages beträgt ſtets viel weniger als 24 Stunden und läßt ſich nicht auf eine beſtimmte Stundenzahl beſchränken.

208) L. 31. §. 1. D. 41. 3.: „In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur.“

209) War die uſucapirte Sache vorher in bonis, ſo war von einem Gegner oft gar nicht die Rede; aber auch bei der Uſucapion des bonae fidei possessor, welche immer einen Gegner vorausſetzt, iſt die Unthätigkeit deſſelben ein untergeordnetes, für das Weſen der Uſucapion gleichgiltiges Moment.

210) L. 19. C. VI. 30. Eigentlich nicht die Deliberationsfriſt ſelbſt (denn dieſe gehört als eine richterliche, nicht geſetzliche, ohnehin nicht zu dem utile tempus), ſondern das daraus entſtandene Transmiſſionsrecht.

211) L. 22. C. VI. 30.

212) L. 1. §. 9. D. 25. 3.: „Dies autem triginta continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles.“

213) §. 16. Inst. I. 25. L. 13. §. 9. D. 27. 1.

Digitized by Google

noch einige andere Fälle, als mit ihr verwandt oder zusammenhängend, hinzuzurechnen: a) die 60 Tage und die 4 Monate bei der Anklage wegen Ehebruchs[214]); b) die zwei oder drei Tage bei der alten Appellationsfrist[215]); c) die ältere Verjährung der Restitution[216]); d) die von Justinian abgeschaffte annalis exceptio Italici contractus[217]). Alle diese Fälle sind für das heutige Recht nicht mehr vorhanden, so daß nur auf die zwei angegebenen Hauptfälle Rücksicht zu nehmen ist. 2) Das utile tempus ist nur anwendbar auf solche Zeiträume, welche durch eine allgemeine Rechtsregel, nicht durch individuellen Willen, bestimmt sind; also namentlich nicht auf die von einem Richter angesetzten Proceßfristen[218]). 3) Das utile tempus gilt in den hier bezeichneten Rechtsinstituten nicht allgemein, sondern nur, wenn der vorgeschriebene Zeitraum ein Jahr oder weniger, niemals wenn er mehr als ein Jahr beträgt. Diese letzte Regel bedarf bei der bonorum possessio keines besonderen Beweises, weil bei dieser überhaupt nur zwei Zeiträume vorkommen, 1 Jahr und 100 Tage, und für beide das utile tempus anwendbar ist. Dagegen ist diese Regel um so wichtiger bei der Klagenverjährung, welche mit den verschiedensten Zeiträumen vorkommt. Die längeren Klagenverjährungen haben unbestritten ein continuum tempus. Bei denen von 30 und 40 Jahren ist es ausdrücklich gesagt[219]); es ist aber ebenso bei den Verjährungen von 20, 10, 5 und 4 Jahren nicht zu bezweifeln. Daß aber die einjährigen und kürzeren Verjährungen stets das utile tempus mit sich führen, und daß dieses als durchgehende Regel stillschweigend vorausgesetzt wird, ergiebt sich aus der im Ausdrucke wenig sorgfältigen Art, mit welcher die Zeitbestimmung derselben

---

214) L. 11. §. 5. 6. L. 29. §. 5. D. 48. 5.

215) Zwei Tage (mit Einschluß des Urtheilstages), wenn die Partei ihre Sache selbst führte, drei Tage, wenn ein Procurator auftrat. L. 1. §. 5. 6. 11—15. D. 49. 4. Hier heißt es in §. 7: „Dies autem istos, quibus appellandum est, ad aliquid utiles esse oratio D. Marci voluit, si forte eius, a quo provocatur, copia non fuerit."

216) Ein annus utilis, welcher im neueren Rechte in ein quadriennium continuum verwandelt wurde. L. 7. C. de tempor. in int. restit. II. 52. (53.)

217) L. 1. pr. C. VII. 40. Hier steht zwar nicht der Name utilis annus, aber unverkennbar deuten darauf folgende Worte: „illud spatium annale alii quidem ita effuse interpretabantur, ut possit usque ad decennium extendi ..."

218) Dieses folgt schon daraus, daß bei richterlichen Proceßfristen auch die Gerichtsferien in die vorgeschriebene Zeit eingerechnet werden. L. 3. C. III. 11. L. 2. C. VII. 63. Im sächsischen Processe haben wir jedoch ein utile tempus in der allerdings nicht richterlichen, sondern gesetzlichen Frist zum rechtlichen Verfahren; sie hat das Eigenthümliche, daß den Parteien darin keine Sonntage und Festtage, sondern nur solche Tage eingerechnet werden, an denen Gericht gehalten wird; was sich daraus erklärt, daß die Frist zum rechtlichen Verfahren nur als eine Verlängerung des Termins, in welchem das Verfahren eigentlich beendigt werden soll, angesehen wird. S. Heimbach, sächs. bürgerl. Proceß Bd. 1, §. 63.

219) L. 3. C. VII. 39.: „triginta annorum iugi silentio." Ebenso in L. 4. eod. bei der vierzigjährigen Verjährung.

Digitized by Google

im Edict, in Reſcripten und bei den römiſchen Juriſten behandelt zu werden pflegt, ohne daß jemals ein Zweifel darüber entſtanden zu ſein ſcheint. So war zwar bei dem interdictum uti possidetis das utile tempus ſchon im Edict ſelbſt unmittelbar ausgedrückt [220]), bei dem interdictum de vi nicht [221]), ſo daß dieſes Schweigen zur Annahme eines continuum tempus hätte verleiten können; aber auch hier nahm man das utile tempus unbedenklich an [222]). Die äſtimatoriſche Injurienklage wird in einer Stelle des Codex ganz unbeſtimmt als einjährig bezeichnet [223]), und nur beiläufig, an einem ganz entlegenen Orte, erfährt man, daß dieſes Jahr ein utile tempus iſt [224]). Die ädiliziſchen Klagen werden ebenſo mit den bloßen Zeiträumen von 1 Jahr und 6 Monaten bezeichnet [225]); anderwärts aber wird dieſe Zeit als utile tempus näher beſtimmt [226]). Aus dieſem Allen iſt es ſehr wahrſcheinlich, daß die römiſchen Juriſten das utile tempus als unzertrennlich verbunden mit den einjährigen oder nach kürzerer Klagenverjährungen betrachteten, ohne Unterſchied, ob dieſe Nebenbeſtimmung jedesmal im Edict ausgedrückt war oder nicht. 4) Die wichtigſte Bedingung endlich betrifft die Beſchaffenheit des Hinderniſſes der Thätigkeit, gegen deſſen ſchädliche Folgen die in dem utile tempus enthaltene künſtliche Zeitrechnung ſchützen ſoll. Es werden nämlich nur ſolche Hinderniſſe hier beachtet und bringen das utile tempus zur Anwendung, welche auf vorübergehenden, meiſtens ganz zufälligen Umſtänden beruhen, nicht ſolche, welche an einen dauernden Zuſtand der Perſon geknüpft ſind. Diejenigen Hinderniſſe, welche für die Anwendung des utile tempus geeignet ſind und ſämmtlich den eben erwähnten Charakter an ſich tragen, betreffen theils die Perſon des Unthätigen ſelbſt, theils die Perſon ſeines Gegners, theils das Verhältniß zu der richterlichen Obrigkeit, vor welcher die Handlung vorgenommen werden ſoll [227]). a) Die Hinderniſſe in der Perſon des Unthätigen können ſowohl bei der Klagenverjährung als bei der bonorum possessio vorkommen. Es gehören dahin die Fälle, wenn der Klagberechtigte in Kriegsgefangenſchaft oder im Staatsdienſte abweſend oder in einem Gefängniß iſt [228]), oder wenn er durch Stürme

220) L. 1. pr. D. 43. 17.: „intra annum quo primum experiundi potestas fuerit.“ Es war dieſes der eigentliche Ausdruck des utile tempus. L. 1. D. 44. 3.

221) L. 1. pr. D. 43. 16. „intra annum.“

222) L. 1. §. 39. D. 43. 16. „annus in hoc interdicto utilis est.“ Dieſes wird nicht als etwas Beſonderes oder Zweifelhaftes bemerkt, ſondern nur zur Verhütung des möglichen Mißverſtändniſſes, welches durch das Schweigen des Edictes über dieſen Punkt hätte entſtehen können.

223) L. 5. C. IX. 35.

224) L. 14. §. 2. D. 4. 2.

225) L. 2. C. II. 58.

226) L. 19. §. 6. D. 21. 1.

227) Die nun folgende Angabe der einzelnen Hinderniſſe beruht auf L. 1. D. 44. 3.

228) L. 1. D. 44. 3. „in vinculis.“ — L. 11. §. 5. D. 48. 5. „in custodia.“ Es iſt wohl zunächſt an das Gefängniß eines Verbrechers oder eines in Unter-

Digitized by Google

oder durch Krankheit zu erscheinen verhindert wird, und zwar in allen diesen Fällen so, daß er auch keinen Stellvertreter senden kann[229]). Alles dieses sind Hindernisse der oben beschriebenen zufälligen, wechselnden Beschaffenheit. b) Hindernisse in der Person des Gegners sind nur denkbar bei der Klagenverjährung; denn bei der bonorum possessio kommt überhaupt ein Gegner nicht vor, und auch bei der Appellation des älteren Rechtes war von dem Gegner wenigstens nicht die Rede, da derselbe bei Einwendung der Appellation nicht mitzuwirken hat[230]). Durch den Beklagten nun kann die Anstellung der Klage verhindert werden, wenn derselbe unbekannt, versteckt, entflohen oder überhaupt abwesend und unvertreten ist. c) Das Verhältniß zur Obrigkeit kann ebenfalls ein Hinderniß der Thätigkeit begründen[231]), und zwar auf zweifache Weise. Erstens, wenn zufällig die obrigkeitliche Person an dem öffentlichen Gerichtsorte nicht anzutreffen ist[232]). Die Römer unterschieden hierin noch diejenigen Handlungen, bei welchen die richterliche Mitwirkung eine bloße Form blieb; von denjenigen, welche an richterliche Cognition gebunden waren und daher nur coram tribunali vorgenommen werden konnten[233]). In den Provinzen hielt man nicht gerade die örtliche Anwesenheit des Statthalters für nöthig, sondern sein nicht zu entfernter Aufenthalt galt als Gegenwart, jedoch so, daß für jede 20 römische Meilen Entfernung der vorgeschriebene Zeitraum um Einen

---

suchung Befangenen gedacht; doch kann auch zugleich das Schuldgefängniß in Folge der Zahlungsunfähigkeit gemeint sein.

229) L. 1. D. 44. 3.: „ut neque experiri, neque mandare possit." Gleich nachher wird gesagt: „Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem." Dies heißt so viel als: qui valetudine ita impeditur, ut mandare tamen possit. Die Vulg. schiebt vor valetudine ein ea ein, was auf denselben Sinn führt. Faber, Coniect. iur. civ. Lib. V. cap. 18. erklärt zuerst das impeditur, ut, gegen den gewöhnlichen Sprachgebrauch, durch impeditur ne, und emendirt dann freilich: non habeat potestatem.

230) Der Zusatz ad aliquid utiles esse in L. 1. §. 7. D. 49. 4. sagt nicht, daß hier die utilitas im Princip beschränkter sei, sondern nur in der Anwendung, verglichen mit der Klagenverjährung. Denn bei der Appellation kann nicht nur der Gegner gar keine Hindernisse machen, sondern auch bei dem Kläger werden sie, wegen der Kürze der Frist, fast niemals eintreten können. Wenn nämlich in Gegenwart des Appellanten (wie hier vorausgesetzt wird) das Urtheil gesprochen ist, so ist es nicht wohl denkbar, daß dieser an demselben oder an dem folgenden Tage in Kriegsgefangenschaft gerathe oder durch stürmische Meere von dem Gerichtsorte getrennt werde. Jene Worte sollen daher einen factischen Unterschied ausdrücken, keinen juristischen.

231) L. 1. D. 44. 3.: „Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit: proindè hi dies cedunt, quibus ius Praetor reddit." Dasselbe gilt bei der bonorum possessio. L. 2. §. 1. D. 38. 15.

232) Es sollte also keine Partei genöthigt sein, den Prätor in seiner Wohnung aufzusuchen. L. 1. §. 7. 8. 9. D. 49. 4.

233) L. 2. §. 1. 2. D. 38. 15. Zu der ersten Art gehörte die edictalis bonorum possessio, welche de plano gegeben wurde; zu der zweiten die decretalis bonorum possessio, sowie jede angestellte Klage.

Digitized by Google

Tag verlängert sein sollte[234]). Zweitens lag ein allgemeineres Hinderniß in der Einrichtung des römischen Gerichtswesens, daß nur gewisse Tage unbedingt zu gerichtlichen Geschäften sich eigneten. Die dies fasti, welche unbedingt zu gerichtlichen Geschäften angewendet wurden, waren nicht zahlreich; dies nefasti konnten nicht zu gerichtlichen Geschäften gebraucht werden; zwischen beiden lagen viele unbestimmte Tage in der Mitte, namentlich die sehr zahlreichen dies comitiales, welche man, wo es nöthig war, zu gerichtlichen Geschäften gebrauchte, wenn an ihnen gerade keine Comitien gehalten wurden. Bei zunehmender Häufung der gerichtlichen Geschäfte wurden die regelmäßigen Gerichtstage vermehrt; Augustus fügte 20 Tage hinzu und M. Aurelius vermehrte die Gesammtzahl auf 230[235]); außerdem waren unter den Kaisern die alten Comitialtage bald ganz disponibel geworden. Im J. 389 wurden die Gerichtstage, mit Rücksicht auf die Einrichtungen der christlichen Kirche, neu geordnet, und nun betrug die Gesammtzahl etwa 240 Tage[236]). Durch die Beachtung dieses Hindernisses der Rechtsverfolgung, des regelmäßigsten und daher wichtigsten von allen, erweiterte sich der utilis annus auf etwa Ein und ein halbes Jahr. Diese letzte Art des Hindernisses, wodurch das utile tempus anwendbar werden konnte, übertraf an Wichtigkeit alle übrigen; denn diese beruhten nur auf zufälligen, zum Theil nur seltenen Ereignissen; jenes kam regelmäßig und in so bedeutender Ausdehnung vor, daß dadurch etwa ein Drittheil jedes Jahres absorbirt wurde. Wahrscheinlich hat dies allein zur Ausbildung des utile tempus Veranlassung gegeben, so daß daneben die übrigen Fälle der Verhinderung nur gelegentlich und der Consequenz wegen mit hinzugezogen wurden. Dieses letzte, für die Römer wichtigste Hinderniß ist aus unserem heutigen Rechte verschwunden. Nach unseren Einrichtungen kann eine juristische Handlung, für welche ein Zeitraum gesetzlich bestimmt ist, fast zu allen Zeiten durch Einreichung eines schriftlichen Antrages vorgenommen werden; die Sitzungstage der Gerichte haben darauf keinen Einfluß, und selbst die Gerichtsferien können in der Regel eine solche Beobachtung vorgeschriebener Zeiträume nicht hindern[237]). — Als ein Hinderniß, welches die Anwendung des utile tempus begründe, wird gewöhnlich die Unwissenheit des zum Handeln Berufenen über sein Recht betrachtet. Allerdings möchte man geneigt sein, gerade hierin allgemein das entschiedenste Hinderniß der Thätigkeit, also die unzweifelhafteste Veranlassung zur Anwendung des utile tempus, zu setzen. In der That verhält es sich aber damit anders[238]) und zwar auf folgende Weise. Bei der bonorum possessio

234) L. 2. §. 3. D. 38. 15.

235) Sueton. Octav. c. 32. Capitolin. Marcus c. 10.

236) L. 19. Th. C. II. 8.; in früheren Ausgaben ist es L. 2.

237) Das Letzte galt in manchen Fällen schon in Rom, namentlich bei den 30 dies continui der Execusation. Fragm. Vat. §. 156.

238) Ausführliche Untersuchungen hat darüber Savigny, System des

allerdings war schon durch den Ausdruck des Edictes die Unwissenheit mit der Unmöglichkeit der Agnition ganz auf gleiche Linie gestellt [239]). Daher galt es hier als natürliche Folge des utile tempus, daß jeder Tag der Unwissenheit dem Berufenen nicht angerechnet werden dürfe [240]). Ganz anders bei der Klagenverjährung, bei welcher nur allein von der Abwesenheit äußerer Hindernisse die Rede ist [241]); die Unwissenheit des Berechtigten über sein Klagerecht ist im Edict nicht erwähnt, und sie wird in der Anwendung (sehr seltene Ausnahmen abgerechnet) nicht beachtet. Dieser Unterschied ist aber nicht die Folge der im Edict zufällig gebrauchten Ausdrücke, sondern diese waren so gewählt, um dem aus inneren Gründen räthlichen Unterschiede Anerkennung zu verschaffen. Denn der über sein Klagerecht in Unkenntniß Befindliche wird in der Regel dem Vorwurfe einer nachlässigen Aufsichtsführung auf seine Rechte nicht entgehen können, während Niemand den Beruf hat, den Erbschaften nachzuspüren, welche ihm etwa zufallen möchten. Ferner ist der gemeinschaftliche Zweck der für die bonorum possessio und die Klagen vorgeschriebenen Zeiträume der, daß die Rechtsverhältnisse schnell zur Entscheidung kommen; mit diesem Zwecke würde die Zulassung des Vorwandes der Unwissenheit bei der Klagenverjährung in völligem Widerspruche stehen; bei der bonorum possessio ist derselbe unschädlich, da der zunächst nach dem Unwissenden Berufene durch eigenes Interesse angetrieben wird, Jenen von der Delation zu unterrichten, wodurch die Unwissenheit sofort aufhört. Dagegen giebt es umgekehrt mehrere Fälle, in welchen continuum tempus gilt und dennoch die Unwissenheit den Lauf des vorgeschriebenen Zeitraumes hindert. Dahin gehört die Excusation von der Vormundschaft [242]), die Fristen für die Deliberation

---

heutigen römischen Rechtes Bd. 3, S. 403—427 angestellt. Oben folgt das Resultat.

239) Jedoch nur die facti, nicht die iuris ignorantia. Vgl. Savigny, System Bd. 3, S. 404 flg.

240) L. 2. pr. D. 38. 15.: „Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere: ceterum quacunque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat." Es ist hier folgender Gedanke ausgedrückt: Das nescire unterscheidet sich dem Begriffe nach von dem non posse und ist nicht schon in ihm enthalten; beide sollen aber in Bezug auf die bonorum possessio praktisch gleich behandelt werden, so daß hier die Beachtung des einen wie des anderen Momentes durch die Vorschrift des utile tempus begründet wird.

241) L. 1. D. 44. 3.: „Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus quid sit, experiundi potestatem habere." In dem bloßen posse experiri ist das scire nicht schon mit als Bedingung eingeschlossen, da der über sein Klagrecht in Unwissenheit Befindliche in der Regel diese Unwissenheit überwinden kann und soll. Daß es auch wirklich so gemeint ist, ergiebt die nachfolgende Aufzählung der Fälle folgender experiundi potestas; unter diesen befindet sich die Unwissenheit nicht, welche doch häufiger vorkommt, als die meisten hier genannten Fälle, also vorzugsweise bemerkt werden mußte, wenn sie wirklich zu beachten wäre.

242) §. 16. Inst. I. 25. L. 13. §. 9. D. 27. 1. L. 6. C. V. 62. Fragm. Vat. §. 156.

und das Inventarium [243]) und alle Proceßfriſten. Hieraus folgt, daß die Beachtung oder Nichtbeachtung der Unwiſſenheit von dem Gegenſatze des utile und continuum tempus völlig unabhängig iſt und in denſelben nicht hineingezogen werden darf; ja dieſe weſentliche Verſchiedenheit beider Gegenſätze hat ſogar eine wörtliche Anerkennung im römiſchen Rechte gefunden [244]). — Ferner ſind nicht geeignet, die Anwendung des utile tempus hervorzurufen, alle diejenigen Hinderniſſe, welche nicht in ſchnell vorübergehenden, aber doch ganz von wechſelnden Zufällen abhängigen Umſtänden, ſondern in einem dauernden Zuſtande der unthätigen Perſon beſtehen. In einem ſolchen Zuſtande befinden ſich Unmündige, Minderjährige, Kinder in väterlicher Gewalt, Wahnſinnige, Verſchwender und juriſtiſche Perſonen. Dieſe alle ſind mehr oder weniger verhindert, ihre Rechte durch Thätigkeit ſelbſt wahrzunehmen, und man könnte daher den in dem utile tempus liegenden Schutz auch auf ſie anwenden wollen; dennoch iſt dieſe Anwendung ganz zu verwerfen, da für das Intereſſe dieſer Perſonen auf andere Weiſe geſorgt wird, ſo daß die für ſie wirklich eintretenden Schutzanſtalten von dem Unterſchiede des utile und continuum tempus völlig unabhängig ſind. Dies iſt zuerſt bei der Klagenverjährung und dann bei der bonorum possessio nachzuweiſen. 1) Klagenverjährung. Die Unmündigen und Minderjährigen hatten im älteren Rechte gar keine Befreiung, auch nicht bei den Klagen, deren Verjährung in einem utile tempus beſtand, da bei ihnen niemals die experiundi potestas fehlte; denn für den Unmündigen konnte der Tutor klagen [245]), der Minderjährige aber konnte ſeine Klage ſelbſt anſtellen. Der Schutz alſo beſtand: für den Unmündigen in dem Regreß gegen den nachläſſigen Vormund; für beide in der Reſtitution wegen Minderjährigkeit. Das neuere Recht hat folgende ganz abweichende Beſtimmungen getroffen: der Unmündige iſt ipso iure frei von allen Klagenverjährungen [246]); der Minderjährige iſt ebenſo frei von allen Klagenverjährungen, welche weniger als 30 Jahre dauern;

243) L. 19. 22. C. VI. 30.

244) L. 8. C. de dolo II. 20. (21.) L. un. Th. C. II. 15.: „Optimum duximus, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit, neque intra anni utilis tempus, sed potius ex eo die etc.“ Die Berechnung von der Zeit der Kenntniß an liegt alſo außer der Berechnung des annus utilis. Ein Zweifel könnte erhoben werden aus L. 8. D. 3. 2.: „Sed cum tempus luctus continuum est, merito et ignoranti cedit ex die mortis mariti.“ Wollte man den ganz einzeln ſtehenden gelegentlichen Ausdruck dieſer Stelle als Grund einer Regel behandeln, ſo würde dieſe doch nur ſo lauten können: omne continuum tempus ignoranti cedit; davon iſt eben das Gegentheil dargethan worden.

245) Eine Analogie für dieſen Satz findet ſich in der tabula Heracleensis vers. 4. 5. 6., wo gewiſſe Profeſſionen innerhalb einer beſtimmten Zahl von Tagen vorgeſchrieben ſind. Betrifft nun die Profeſſion einen Unmündigen, ſo iſt der Vormund an die Beobachtung der Friſt gebunden, d. h. das Recht geht verloren, wenn der Vormund die Friſt verſäumt.

246) L. 3. C. VII. 39. Vgl. den Art. Verjährung Bd. XII, S. 352 flg.

gegen die 30jährige Verjährung schützt ihn nicht einmal Restitution[247]). Dabei ist es ganz gleichgiltig, ob die Verjährung ein utile oder ein continuum tempus ist[248]). Der Sohn in väterlicher Gewalt, welcher sogenannte Adventitien besitzt, ist unfähig, die zu diesem Vermögen gehörenden Klagerechte selbst auszuüben und gegen Verjährung zu schützen, weil der Vater das sehr freie Verwaltungsrecht darüber hat. Daher ist er von allem Verluste durch Klagenverjährung ebenso unbedingt ausgenommen, wie der Unmündige[249]). Für den Wahnsinnigen und den Verschwender finden sich keine besonderen Bestimmungen über die Verjährung ihrer Klagen. Sie haben daher als Schutz nur den allgemeinen Regreß, welchen sie und ihre Erben gegen den nachlässigen Curator haben. An sich wäre es nicht unnatürlich gewesen, den Wahnsinnigen dem Unmündigen gleichzustellen; daß es nicht geschah, ist zunächst aus der Seltenheit des Falles zu erklären; außerdem aber hätte darin auch eine unbegründete Härte gegen den Beklagten liegen können, wenn man alle Klagenverjährung hätte ruhen lassen wollen, da der Wahnsinn ein langes Leben hindurch dauern kann, während die Unmündigkeit stets eine nothwendige, nicht entfernte Grenze mit sich führt[250]). Eine Einschränkung der Verjährung läßt sich nur in Ansehung derjenigen Sachen der Wahnsinnigen, welche dem Veräußerungsverbote der oratio D. Severi und der Verordnung Constantin's (L. 22. C. V. 37.) unterliegen, annehmen und rechtfertigen[251]). Inwiefern Kirchen, milde Stiftungen und Stadtgemeinden bei der Klagenverjährung begünstigt sind, ist schon an einem anderen Orte dieses Werkes untersucht worden[252]). 2) Bonorum possessio. Bei den Unmündigen ist es als Regel anerkannt, daß die Frist, ungeachtet der Unmündigkeit, in ihrem Laufe nicht gehemmt ist[253]), so daß nur der Regreß gegen den nachlässigen Vormund oder die Restitution zum regelmäßigen Schutze dienen kann. Der Minderjährige kann gegen die Versäumniß der Frist Restitution erhalten[254]), woraus also folgt, daß an sich zu seinem Nachtheile die Frist läuft. Ohnehin läßt es sich nicht denken, daß er in dieser Hinsicht mehr als der Unmündige begünstigt sein sollte. Anders ist es mit dem Wahnsinnigen; zu dessen Nachtheil soll die Frist gar nicht laufen, weshalb dem Nach-

---

247) L. 5. C. in quib. caus. II. 40. (41.)

248) Vgl. Savigny, System Bd. 3, S. 418 flg.

249) L. 1. §. 2. C. VII. 40. Vergl. den Artikel Verjährung Bd. 12, S. 539 flg.

250) Savigny Bd. 4, S. 438.

251) Vgl. den Artikel Verjährung S. 366 flg.

252) S. den Artikel Verjährung S. 357 flg., 362 flg.

253) L. 7. §. 2. D. 37. 1.: „Dies quibus tutor aut pater scit, cedere placet.“ Noch zu Papinian's Zeit war dieser Satz nicht für alle Fälle anerkannt. L. 1. D. 37. 3. Später sind Ausnahmen davon gemacht worden, doch nicht von Bedeutung; für die meisten Fälle ist er unverändert geblieben. L. 18. C. VI. 30.

254) L. 2. C. si ut omissam II. 39. (40.)

Digitized by Google

folger die bonorum possessio nur gegen Caution gestattet wird [255]). Ueber den Verschwender findet sich keine abweichende Bestimmung; ohne Zweifel läuft also die Frist, und er hat nur den Regreß gegen seinen Curator. Bei juristischen Personen (wenigstens bei Stadtgemeinden) soll die bonorum possessio auch ohne Agnition erworben werden, so daß hier von einer laufenden Frist gar nicht die Rede ist [256]). Es ergiebt sich hieraus, daß alle diese dauernden Zustände der Person gar nicht als solche Hindernisse betrachtet werden, wodurch eine regelmäßige Anwendung des utile tempus veranlaßt wird; in den meisten und wichtigsten Fällen gilt gar keine Beschränkung des regelmäßig ablaufenden Zeitraumes, und in den wenigen Fällen, in welchen eine solche Beschränkung, zum Schutze solcher Personen, wirklich eintritt, kann sie daher nur als besondere Ausnahme, nicht als natürliche Folge des utile tempus betrachtet werden. — Unter den oben dargestellten Voraussetzungen hat das utile tempus die Wirkung, daß die einzelnen Tage der Verhinderung bei der Frage, ob ein vorgeschriebener Zeitraum versäumt ist, nicht in Rechnung kommen oder, was dasselbe sagt, daß in jedem vorliegenden Falle der Zeitraum um so viele Tage verlängert werden muß, als darin Tage der Verhinderung angetroffen werden. Diese Wirkung tritt stets ipso iure ein, ohne eine hinzutretende Restitution; ja es läßt sich sagen, daß die Restitution und das utile tempus einander gegenseitig ausschließen. Wo also das utile tempus gilt, da ist Restitution kein Bedürfniß, also unmöglich, und wo ausdrücklich eine Restitution gegen Versäumnisse von Fristen erwähnt wird, da kann man annehmen, daß ein utile tempus nicht vorhanden ist. Die Wahrheit dieses Satzes könnte deshalb bezweifelt werden, weil das Edict, im Falle der Abwesenheit, unter anderen auch gegen abgelaufene Klagenverjährungen Restitution verspricht, und zwar sowohl dem Abwesenden selbst, wenn er als Klagberechtigter seine Klage durch Versäumniß der Zeit verlor [257]), als dem Gegner desselben, welcher die Klage verlor, weil er den Abwesenden nicht verklagen konnte [258]). Gerade diese beiden Fälle aber sind durch das utile tempus gegen Verlust geschützt, und so gewinnt es den Anschein, als sei das utile tempus dennoch mit der Restitution vereinbar. Allein jene Edictstelle ist vielmehr auf solche Fälle zu beziehen, in welchen die versäumte Zeit ein tempus continuum ist, also der Restitution allerdings bedarf. Dahin gehörten schon in der älteren Zeit, in welcher jenes Edict entstanden ist, manche einzelne Klagen [259]); außerdem aber gehörte

255) L. 1. D. 37. 3. L. 1. §. 5. D. 38. 9.

256) L. 3. §. 4. D. 37. 1.

257) L. 1. §. 1. D. 4. 6.: „Sive cuius actionis eorum, cui dies exisse dicetur."

258) L. 1. §. D. 4. 6.: „Item si quis ... actione qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur."

259) Fälle sind: a) der Sponsor und Fidepromissor verloren nach der lex Furia ihre Klage, wenn sie in zwei Jahren nicht klagten. Gai. Inst. Comm. III.

Digitized by Google

dahin die durch die lex Iulia für alle legitima iudicia vorgeschriebene Proceßverjährung von 1 Jahr 6 Monaten[260]). In den Fällen des continuum tempus nun hat die Anwendung der Restitution ohnehin keinen Zweifel, und sie bewirkt hier, nach freiem Ermessen und mit Rücksicht auf individuelle Umstände, dasselbe, was in den Fällen des utile tempus schon durch eine allgemeine Regel bewirkt wird. Eine solche Restitution wird auch in den Quellen erwähnt[261]); besonders aber bei versäumten Proceßfristen war im römischen Processe die Restitution eben so häufig, als sie in unseren heutigen Gerichten ist. Nur gegen die 30jährige Klagenverjährung ist jede Restitution, also auch die der Abwesenden, allgemein verboten[262]). — Es läßt sich noch fragen, in welchem Verhältnisse das utile tempus zur civilen Zeitrechnung stehe. Manche haben behauptet, diese sei auf das utile tempus gar nicht anwendbar, sondern nur auf das continuum[263]). Diese Behauptung hat aber keinen Grund für sich. Das tempus utile besteht darin, daß die Tage der Verhinderung aus der Rechnung ausfallen. Dadurch gelangt man stets auf irgend einen letzten Tag, in welchem keine Verhinderung stattfand, und welcher daher von der Modification des utile tempus nicht berührt wird; denn wenn in dem Tage selbst, welchen man für den letzten halten möchte, eine Verhinderung eintritt, so darf er eben deshalb in den Zeitraum gar nicht eingerechnet werden, ist also nicht der letzte dieses Zeitraumes, sondern es muß irgend ein folgender, nämlich der nächste unverhinderte, als letzter anerkannt werden. Bei diesem letzten Tage nun entsteht die Frage nach dem juristischen Endpunkte, worauf sich die civile Zeitrechnung bezieht. Der letzte Tag ist nun nach der civilen Zeitrechnung so zu bestimmen, wie unter 3. bei der Erörterung darüber vorgetragen worden ist. Der Umstand, daß einige vorhergehende Tage wegen Verhinderung ausgefallen sind, ist darauf ohne Einfluß. — Fragt man nach der Anwendbarkeit der Lehre von dem utile tempus, so hatte dieselbe schon im Justinianeischen Rechte einen Theil ihrer Anwendbarkeit oder doch ihrer Wichtigkeit verloren. Für einzelne Fälle war das frühere utile tempus in ein continuum von größerem Umfange

---

§. 121. b) Das Recht zur Anklage wegen Ehebruchs war durch die lex Iulia de adulteriis auf einen Zeitraum von fünf Jahren beschränkt. L. 29. §. 6. D. 48. 5. c) Die querela inofficiosi testamenti war auf einen fünfjährigen Zeitraum beschränkt.

260) Gai. Inst. Comm. IV. §. 104.

261) L. 31. D. 48. 5.: „aequum est computationi quinquennii eximi id tempus, quod per postulationem praecedentem consumtum sit.“ Savigny Bd. 4, S. 442, N. u. findet in diesen Worten eine unverkennbare Hinweisung auf Restitution, welche gegen alle Verjährungen, mit Ausnahme der dreißigjährigen, gilt; während Haubold, Opusc. T. I. p. 411. den Inhalt dieser Stelle für eine ganz singuläre Bestimmung erklärt.

262) L. 3. C. VII. 39.

263) Löhr S. 418, 419. Reinfelder S. 16. S. dagegen Savigny Bd. 4, S. 442 flg.

Digitized by Google

verwandelt worden. So für die actio de dolo der annus utilis in ein biennium continuum [264]), und für alle Restitutionen der annus utilis in ein quadriennium continuum [265]). Manche haben dieses Letzte als eine allgemeine Verwandelung für alles utile tempus behandeln wollen, aber ohne Grund [266]). Das für die Restitution erlassene Gesetz selbst enthält keine Spur einer solchen Allgemeinheit; die bloße Verdoppelung bei der actio de dolo steht derselben entgegen; endlich würde diese Annahme nur dann innere Wahrscheinlichkeit haben, wenn in der That die durchschnittliche Reduction des utilis annus, nach der Zahl der römischen Gerichtstage, auf vier gewöhnliche Jahre führte, während sie, wie früher bemerkt wurde, in der That nur auf Ein und ein halbes Jahr führt. Hieraus ergiebt sich, daß die neue Bestimmung für die Restitution nicht blos eine Verwandelung, sondern zugleich auch eine wahre Verlängerung des Zeitraumes sein sollte; willkürlich und grundlos würde es sein, diese auf alle andere ähnliche Zeiträume von so mannichfaltiger Art und Bestimmung anwenden zu wollen. Auch die Wichtigkeit des utile tempus für die Klagenverjährung war dadurch vermindert, daß man schon längst vielen einjährigen Klagen immerwährende beigegeben hatte [267]); diese traten nun sehr häufig in der wirklichen Anwendung an die Stelle jener und dann wurde nicht mehr nach utile tempus gerechnet. Noch mehr hatte sich die Anwendbarkeit des utile tempus vermindert bei der bonorum possessio, deren besonderer Erwerb, neben dem Civilerbrechte, in Folge der Justinianeischen Gesetzgebung nur noch selten Bedürfniß sein konnte. Noch größer aber sind die bei dem Uebergange des römischen Rechtes in die neuere Zeit eingetretenen Veränderungen. Viele einjährige Klagen des römischen Rechtes sind wegen ihrer polizeilichen Natur oder wegen ihres Verhältnisses zu dem veränderten Strafrechte ganz außer Gebrauch gekommen. Noch wichtiger aber ist der Umstand, daß der Unterschied gerichtlicher und nicht gerichtlicher Tage, welcher für die Römer die häufigste Veranlassung zur Anwendung des utile tempus darbot, in diesem Sinne für uns nicht mehr vorhanden ist, wie früher bemerkt wurde. Daher kommt im heutigen Rechte das utile tempus nur noch bei wenigen Klagen vor, und nur bei seltenen Veranlassungen, hauptsächlich wenn die Abwesenheit des Klägers oder des Beklagten die schleunige Ausübung des Klagerechtes hindert. Der häufigste Gebrauch davon ist wohl noch bei den ädilizischen Klagen zu machen; namentlich wenn ein herumziehender Verkäufer bald nach dem Verkaufe sich entfernt und nun nach Entdeckung des Mangels der gekauften Sache, längere Zeit nicht wieder aufzufinden ist. — Von der hier gegebenen Darstellung des utile und continuum tempus, welche der von Savigny

264) L. 8. C. de dolo II. 20. (21.) L. un. Th. C. II. 15.
265) L. 7. C. de tempor. in int. restit. II. 52. (53.)
266) Glück, Erl. der Pand. Bd. 3, §. 269a.
267) So z. B. die in factum actio neben der doli und quod metus causa actio; ebenso neben dem interdictum de vi. L. 1. pr. §. 48. L. 3. §. 1. D. 43. 16.

Digitized by Google

folgt, ist die bei den meisten neueren Schriftstellern herrschende Lehre sehr abweichend[268]). Sie geht davon aus, daß der Gegensatz zwischen utile und continuum tempus eine zweifache Bedeutung habe, indem er sowohl auf den Anfang als auf die Fortsetzung der in einen Zeitraum fallenden Unthätigkeit bezogen werden könne. Hieraus ergaben sich vier mögliche Combinationen, und man nahm ganz consequent vier Regeln an, von denen eine auf jedes Rechtsverhältniß, in welchem von einem Zeitraume die Rede sei, nothwendig angewendet werden müsse: 1) utile tempus utraque ratione, 2) utile ratione initii, continuum ratione cursus, 3) continuum ratione initii, utile ratione cursus, 4) continuum utraque ratione. In der Bildung und Bezeichnung dieser Begriffe herrscht große Uebereinstimmung, und nur darüber wird eigentlich gestritten, ob alle diese Combinationen oder einige derselben in einzelnen Rechtsverhältnissen wirklich durch die Quellen des römischen Rechtes anerkannt seien. Die hier angewendete Terminologie kommt nicht in den Quellen vor, und schon dieser Umstand war geeignet, Zweifel und Prüfung zu erregen[269]); jene Ausdrücke sagen aber auch etwas ganz Anderes, als was wirklich von den Schriftstellern, welche sie brauchen, gemeint ist. Wollte man dieselben in ihrem wahren Sinne anwenden, so müßte es z. B. einen Unterschied machen, ob ein Klagberechtigter zur Zeit der Entstehung seines Klagerechtes gefangen, späterhin frei wäre, oder umgekehrt; ein solcher Unterschied wäre aber völlig ohne Grund; er wird auch von Niemandem behauptet. Jene wollen mit den angegebenen Ausdrücken eigentlich Folgendes sagen. Die Handlung kann unterbleiben entweder wegen äußerer Hindernisse (wie Gefangenschaft) oder wegen der Unwissenheit des Berechtigten über sein Recht. Da nun bei einzelnen Rechtsverhältnissen in den Quellen bald diese beiden Momente berücksichtigt werden, bald eines derselben, bald keines, so ergeben sich folgende vier Combinationen: 1) Berücksichtigung beider Momente; 2) Beachtung der Unwissenheit, Nichtbeachtung der äußeren Hindernisse; 3) Nichtberücksichtigung der Unwissenheit, Berücksichtigung der äußeren Hindernisse; 4) Nichtbeachtung beider Momente. Dieses ist der wirkliche Gedanke der Schriftsteller, welche sich jener Terminologie bedienen; die seltsame Wahl jener Ausdrücke zur Bezeichnung dieses Gedankens erklärt sich aus folgendem Umstande. Wo überhaupt Unwissenheit vorkommt, wird diese meistens im Anfange des Zeitraumes stattfinden, in der Folge aber durch Wissen verdrängt werden; dennoch liegt hierin nur

---

268) Als Repräsentanten dieser Ansicht können angeführt werden: Höpfner, Commentar §. 666. Glück, Erl. der Pand. Bd. 3, §. 269 a. Haubold, Opuscula T. I. p. 405.

269) Bei den römischen Juristen ist sehr oft die Rede davon, ob in einem gegebenen Falle utile oder continuum tempus gelte; stets aber werden diese Ausdrücke als absolute Bezeichnungen einfacher Begriffe gebraucht, ohne Hindeutung auf ein halbes utile oder ein halbes continuum. Als solche Hindeutung darf insbesondre nicht verstanden werden das ad aliquid utiles in L. 1. §. 6. D. 49. 4.

Digitized by Google

eine schwache Entschuldigung für die Wahl jener Terminologie. Denn augenscheinlich können die äußeren Hindernisse ebensowohl im Anfange als im Verlaufe eines Zeitraumes eintreten, und doch legt Niemand auf diese Verschiedenheit irgend ein praktisches Gewicht. Aber selbst die Unwissenheit ist ganz ungenau bezeichnet, indem man sie als ein im Anfange des Zeitraumes vorkommendes Hinderniß auffaßt, da bisweilen ihr Verhältniß ein gerade umgekehrtes ist. Wenn z. B. bei dem Tode eines Menschen kein Testament vorgefunden wird, auch der nächste Agnat anwesend ist, so weiß dieser sofort, daß ihm die bonorum possessio unde legitimi angefallen ist, und der Lauf seiner 100 Tage fängt sogleich an. Wenn er nun 60 Tage lang unthätig ist, dann aber durch ein vorgebrachtes erdichtetes Testament getäuscht wird und den darin Eingesetzten als wahren Erben ein Jahr lang anerkennt, so ist der Zustand seines Wissens durch Unwissenheit unterbrochen. Wird endlich jetzt die Unechtheit des Testamentes anerkannt, so weiß der Verwandte von neuem, daß er zur bonorum possessio berufen ist. Zu den anfangs abgelaufenen 60 Tagen hat er nun noch 40, in welchen er die bonorum possessio agnosciren kann, da ihm das in der Mitte liegende Jahr wegen der Unwissenheit nicht angerechnet wird [270]). So ist es also auch für das in der Unwissenheit liegende Hinderniß unpassend, wenn man es als ein Hinderniß ratione initii bezeichnen will. Die bisherigen Bemerkungen gehen lediglich gegen die allgemein verbreiteten Kunstausdrücke. Was die Sache selbst betrifft, so ist bei der bonorum possessio, wegen der deutlichen Aussprüche der Quellen, keine Meinungsverschiedenheit möglich; die Unwissenheit des Berufenen und das äußere Hinderniß stehen hier auf gleicher Linie. Bei der Klagenverjährung aber geht die herrschende Meinung dahin, daß es sich hier in der Regel ebenso verhalte, wie bei der bonorum possessio, daß also (mit Vorbehalt weniger Ausnahmen) die Anwendung des utile tempus durch die Unwissenheit des Klägers über sein Klagerecht ebenso hervorgerufen werde, wie durch dessen Gefangenschaft oder Abwesenheit des Beklagten; dies ist es, was man sagen will, wenn man das tempus omni ratione initii utile als die Regel, das continuum ratione initii, utile ratione rursus als seltene Ausnahme darstellt, und gewiß haben diese hergebrachten Kunstausdrücke dazu beigetragen, die unkritische Annahme des erwähnten Rechtssatzes

270) Dies ist der Gedanke Ulpian's in L. 2. pr. D. 38. 15.: „Fieri autem potest, ut qui initio scierit vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire, vel non posse admittere: scilicet si, cum initio cognovisset, eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat. Idem et in contrarium accipi potest, ut qui ignoravit initio, postea scire incipiat." Dieser letzte Fall, welcher freilich der häufigste ist, wird fälschlich als der einzige vorausgesetzt und bildet in dieser Voraussetzung die Grundlage der herrschenden falschen Terminologie. Der Jurist nun sagt ganz deutlich, daß der eine wie der andere Fall völlig gleichen Anspruch auf die Berechnung nach utile tempus bei der bonorum possessio gebe.

Digitized by Google

in ungestörter Anerkennung zu erhalten [271]). Die Gründe für die entgegengesetzte Ansicht sind früher dargestellt worden. — Unabhängig von der eben dargestellten, sehr allgemeinen Auffassung ist die abweichende ganz einzelne Meinung von Elvers [272]). Dieser unterscheidet die dies von den anni utiles. Jene werden auch von ihm so erklärt, wie es von Savigny, übereinstimmend mit allen anderen Schriftstellern, geschehen ist. Wenn dagegen der Prätor sagt: intra annum actionem (oder bonorum possessionem) dabo, so soll das heißen: so lange mein Amtsjahr dauern wird, welches also viel oder wenig sein konnte, je nachdem die Veranlassung der Klage oder der Anfall der Erbschaft in eine frühe oder späte Zeit jenes Jahres fiel. Selbst die menses utiles bei den ädilizischen Klagen sollen so zu verstehen sein, welches mit einem zweimonatlichen Wechsel in der Verwaltung der beiden Aedilen in Verbindung gebracht wird. Allein schon im allgemeinen muß es bedenklich erscheinen, für die ganz gleichartige Zusammenstellung von dies und annus utilis eine völlig verschiedene Bedeutung anzunehmen, besonders weil noch daneben die generische Bezeichnung durch tempus utile und utilitas temporis vorkommt, welche auf Gleichartigkeit hindeutet; ebenso bedenklich ist es, in dem augenscheinlichen Gegensatze des intra annum und post annum, den ersten Ausdruck in einer ganz anderen Beziehung als den zweiten zu denken; höchst bedenklich ist auch die Annahme, daß der Prätor ganz überflüssiger Weise erklärt haben sollte, er werde nach Beendigung seines Amtes keine Amtshandlungen mehr vornehmen. Elvers stützt seine Erklärung des „intra annum" auf folgende Beweisführung. „So wenig wie die Anordnungen der iudicia, quae imperio continebantur, über das Jahr der Magistratur hinaus gültig bleiben konnten, so wenig vermochten in der Regel auch andere Festsetzungen des magistratus populi Romani länger als bis zu den Kalenden des folgenden Jahres ihre Rechtskraft zu behaupten. Insbesondre galt dies durchgehends von den aus der iurisdictio der magistratus allein entspringenden actiones, den actiones honorariae. Diese konnten an sich nur unter dem magistratus geltend gemacht werden, welcher in seinem Edict versprochen hatte: actionem dabo, iudicium dabo; da aus diesem

271) Gewöhnlich wird es so ausgedrückt: wo nur überhaupt die Beschaffenheit eines Zeitraumes als utile tempus gewiß ist, da muß man ihn auch für omni ratione utile halten, weil man sonst eine willkürliche Unterscheidung in das Gesetz hinein tragen würde. Glück Bd. 3, S. 507. Haubold, Opusc. T. I. p. 434. Göschen, Vorlesungen Bd. 1, S. 583, 585. Damit ist denn für die kurzen Klagenverjährungen, deren utile tempus überhaupt nicht zu bezweifeln ist, der Einfluß der Unwissenheit vorweg entschieden. Dieser praktische Rechtssatz ist eine bloße Folgerung aus dem angenommenen Begriffe des tempus omni ratione utile.

272) Elvers, über den annus utiles der actiones honorariae, in der Zeitschrift Themis N. F. Bd. 1, S. 125—184. Vgl. dagegen die ausführliche hier benutzte Widerlegung von Arndts in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 14, S. 1—32. Savigny, System Bd. 4, S. 451—453.

Verſprechen natürlich die Nachfolger in der Magiſtratur nicht verhaftet waren. Wenn es daher von den actiones honorariae heißt, daß ſie gewöhnlich intra annum gegeben wurden, ſo kann dies nicht heißen, innerhalb eines natürlichen Jahres von 365 Tagen vom Augenblicke der begründeten Klage an gerechnet, ſondern nur innerhalb des laufenden Amtsjahres der Magiſtrate. Daher der in den Inſtitutionen angegebene Grund[273]), welcher durchaus nicht ausreichen würde, ſobald „intra annum" ein natürliches Jahr von 365 Tagen bezeichnen ſollte; während er unter der angegebenen Vorausſetzung Alles erklärt." So richtig der Schluß dieſer Argumentation iſt, daß nämlich der von Juſtinian angegebene Grund nach der bisherigen Erklärung des „intra annum" nicht ausreichen würde, ſo ſcheint doch jene im übrigen verfehlt. Freilich konnte das Verſprechen, welches ein Prätor gab, indem er in ſeinem Edict ausſprach „actionem dabo", den Nachfolger in der Magiſtratur nicht binden, inſofern dieſer, wie ſein Vorgänger, ein ſelbſtſtändiges ius edicendi hatte. Dieſes galt aber von jeder ſolchen Beſtimmung des Edictes, wenn auch die Beſchränkung „intra annum" nicht hinzugefügt war. Es verſtand ſich ja ganz von ſelbſt, daß der edicirende Prätor nur während der Dauer ſeines Amtes eine actio gewähren konnte, daß er alſo, wenn er verſprach „actionem dabo", dabei nothwendig hinzudenken mußte, „ſo lange ich Prätor bin". Eben weil ſich dieſes von ſelbſt verſtand, ſollte man glauben, müſſe der ausdrückliche Zuſatz „intra annum" eine andere Bedeutung haben. Nun liegt es doch am nächſten, dieſen annus von dem Zeitpunkte an zu rechnen, in welchem das die Klage begründende factiſche Verhältniß eingetreten war. Dieſem ſteht auch die Beſchränkung der Amtsgewalt des Prätors auf die Dauer eines bürgerlichen Jahres nicht entgegen. Denn wenn auch dieſe dem Prätor nicht geſtattete, ſeine Wirkſamkeit über das Amtsjahr hinaus auszudehnen, ſo hinderte ſie doch nicht, innerhalb deſſelben eine Klage zu geben auf Grund eines Verhältniſſes, welches ſchon während des Amtsjahres des Vorgängers zum Daſein gekommen war. Nur davon aber kann die Rede ſein, wenn man das Jahr von dem Augenblicke der begründeten Klage an rechnet: die Rede iſt nicht von einer Ausdehnung der Wirkſamkeit einer prätoriſchen Verfügung in das Amtsjahr des Nachfolgers, ſondern nur von einem Zurückbeziehen auf das Amtsjahr des Vorgängers, und nur inſofern, als der Prätor einem ſchon in dieſes gefallenen Ereigniſſe noch während ſeines Amtsjahres Folge zu geben verſpricht, nicht weil er durch das Edict des Vorgängers gebunden wäre, ſondern weil er ſelbſt ſo zu ediciren für recht findet. Man könnte etwa dagegen bemerken, es ſei doch gegen das Recht, daß eine neue Beſtimmung des Edictes ſofort auf ein vergangenes Factum angewendet werde, und deshalb ſei denn anzunehmen, daß der Prätor, wo er intra annum

273) Pr. Inst. IV. 12.: „quoniam et ipsum praetoris edictum intra annum olim valebat."

Digitized by Google

eine Klage zugesagt, dieses doch nur auf solche Fälle bezogen habe, welche innerhalb dieses Jahres eintreten würden, und da nun der Prätor auch nur bis zu Ende dieses Jahres die Klage zusagen konnte, so würde man im Resultate doch mit demjenigen übereinstimmen, was Elvers für das Wahre hält. Allein dies würde höchstens dann zutreffen, wenn das Edict eines Jahres eben eine ganz neue positive Bestimmung aufgestellt hätte, welche auf vergangene Fälle anzuwenden, dem wahren Rechte in der That widerstreiten würde; es würde nicht passen, wenn die früheren Edicte schon gleiche Bestimmungen enthalten hatten; es würde ebenfalls nicht passen, wenn es sich nur von der Art und Weise handelte, verübtes noch bestehendes Unrecht aufzuheben, ob auch die früheren Edicte noch nicht dieselbe Bestimmung in gleicher Weise ausgesprochen hatten; und man darf wohl annehmen, daß die Edicte meistentheils nicht so sehr neue Rechtssätze schufen, als vielmehr nur zur Anerkennung brachten, was ohnehin für Recht gehalten wurde und übrigens vorzüglich aus der Billigkeit schöpften. Der Prätor würde aber auch nicht gesagt haben „intra annum actionem dabo", sondern er würde vielmehr das „intra annum" in unmittelbare Beziehung zu dem Factum (und zwar dieses immer im Futurum gedacht), welches die Klage begründen sollte, gebracht haben, wenn es darauf angekommen wäre, daß dieses Factum innerhalb des laufenden Amtsjahres erst eintrete; denn daß dieser Prätor nur während der Dauer seines Amtes die Klage geben könne, verstand sich von selbst. Wäre die Ansicht von Elvers wahr, so müßte die Gerechtigkeitspflege eine ganz sonderbare gewesen sein. Wenn Jemand z. B. am 25. December in den Fall käme, daß ihm eine intra annum anzustellende Klage zustände, so müßte er dieselbe schleunigst in den noch übrigen fünf Tagen des Jahres anbringen; der Prätor des folgenden Jahres nähme keine Rücksicht auf ihn, weil er nicht erst unter seiner Prätur, am 1. oder 2. Januar, verletzt wurde. Und wenn der Kläger den Proceß nicht in den fünf Tagen zu Ende brachte, so fiel er ganz durch, weil das iudicium, quod imperio continebatur, mit dem Ende des Amtsjahres erlosch. Diesen so schweren sachlichen Bedenken gegenüber ist es ein schwacher Grund, welcher aus L. 1. §. 3. D. 15. 2. entlehnt wird. Ulpian sagt: „Sufficiebat usque ad annum produci obligationem." Dieses ist offenbar so zu verstehen: „es genüge, daß die Verbindlichkeit noch auf den Zeitraum eines Jahres hinaus erstreckt werde," und es entspricht nicht den Worten besser, „usque ad annum" zu erklären: „bis zum neuen Jahre" oder „bis zum Jahreswechsel". Auch haben die Römer gewiß nicht eine Klage, welche vielleicht nur einen Tag dauern konnte, actio annalis oder annua genannt. Ebenso unbedeutend ist L. 15. §. 6. D. 43. 24. für die Ansicht von Elvers. Die Worte „non excludi anno eum, sed reversum annum habere" geben gar nicht einmal einen einfacheren Sinn, wenn sie auf das bürgerliche Jahr der Magistratur, als wenn sie auf ein natürliches Jahr von 365 Tagen bezogen werden. Im Gegentheil, eben

Digitized by Google

dieſe Stelle, in ihrem Zuſammenhange aufgefaßt, iſt mit Elvers Meinung nur ſehr gezwungen zu vereinigen, und es iſt kaum begreiflich, wie derſelbe auf dieſe Stelle aufmerkſam ſein und doch die Bemerkung ſtehen laſſen konnte, keine einzige Stelle ſpreche für die Behauptung, daß unter dem annus ein natürlicher Zeitraum von 365 Tagen zu verſtehen ſei. L. 15. §. 3. cit. ſagt: „hoc interdictum (quod vi aut clam) post annum non competit.“ §. 4: „Annus autem cedere incipit, ex quo id opus perfectum est aut fieri desiit.“ So konnte man ſich nicht ausdrücken, wenn man ſagen wollte, das Kalenderjahr, in deſſen Laufe das Interdict anzuſtellen ſei, ſei dasjenige, in welchem das Werk vollendet worden iſt. §. 6: „Si quis reipublicae causa abfuisset, deinde reversus interdicto uti vellet: verius est, non excludi anno eum, sed reversum annum habere. Nam si minor ... futurum, ut ex quo rediit annus ei computatur, non ex quo implevit XXV. annum.“ Der Abweſende, das iſt der Sinn dieſes Paragraphen, ſoll nicht durch Ablauf des Jahres ausgeſchloſſen werden, welches nach §. 4 cedere coepit, ex quo id opus perfectum est; ſondern es ſoll ihm nach ſeiner Rückkehr noch ein ganzes Jahr zu Gebote ſtehen; es ſoll ihm das Jahr erſt von dem Zeitpunkte ſeiner Rückkehr an gerechnet werden. So konnte man ſich nicht ausdrücken, wenn man ſagen wollte, es ſei nicht das Kalenderjahr, in welchem das Werk fertig geworden, ſondern dasjenige, in welchem der Abweſende zurückkehre, innerhalb deſſen derſelbe das Interdict anſtellen müſſe, um nicht ausgeſchloſſen zu werden. Man konnte nicht ſagen annum habere von demjenigen, welcher, etwa im December zurückgekehrt, noch vor Ablauf des Monates die Klage erheben müßte. Die Erwägung des Gegenſatzes von „post annum“ und „intra annum“ konnte am erſten auf das Irrige jener Anſicht führen. Denn wenn der Prätor in ſo manchen Stellen des Edictes in Einem Contexte ſagte[274]): „intra annum“ oder „in anno ... post annum iudicium dabo,“ ſo ſcheint es doch faſt unmöglich, „intra annum“ auf das bürgerliche Jahr der Prätur zu beziehen, da es gewiß iſt, daß der Prätor für die ſpätere Zeit, post annum, in dieſem Sinne, eine Klage nicht mehr verſprechen konnte. Wenn dies auch Elvers nicht verkannt hat, ſo iſt doch die Feſſel, welche der einmal gefaßte Gedanke ihm geſchlagen, ſo mächtig, daß er ſich durch denſelben zu folgender künſtlicher Wendung verleiten läßt. „Schon die Worte des Prätor,“ ſagte er, „post annum iudicium dabo“, beweiſen, daß der Prätor, welcher ja nicht ein Judicium für die Zeit verſprechen konnte, wo er nicht mehr das Imperium hatte, jene Bezeichnung nicht in Beziehung auf ſich, ſondern auf den Klageberechtigten gebraucht; daß er demnach, wenn er zunächſt intra annum ein Judicium, z. B. in quadruplum verſprach, denjenigen im Auge hatte, deſſen Klagerecht erſt während des laufenden Jahres der Prätur begründet ward oder wenigſtens geltend gemacht werden konnte; hingegen,

274) Z. B. L. 1. cit. L. 4. D. 47. 8. L. 1. D. 47. 9.

Digitized by Google

wenn er post annum ein Judicium in simplum gelobte, er denjenigen meinte, welcher das eigentliche Klagejahr ungenutzt hatte vorübergehen laſſen, dem jedoch nachträglich noch eine Klage auf einfachen Erſatz geſtattet ſein ſoll." In demſelben Satze alſo ſollte „intra annum" bedeuten „innerhalb des gegenwärtigen (jetzt beginnenden) Präturjahres," „post annum" dagegen „nach dem verfloſſenen Präturjahre". Dies iſt ein ſonderbarer Gegenſatz oder eigentlich gar keiner; denn post annum in dieſem Sinne iſt ja nothwendig auch intra annum in jenem Sinne, da der Prätor doch immer nur während ſeiner Prätur die Klage geben konnte. Nur dadurch, daß bei dem Satze „intra annum iudicium dabo" hinzugedacht wird, es müſſe auch die Entſtehung des Klagerechtes in dieſes Jahr fallen, während bei dem Satze „post annum iudicium dabo" nur an die Zeit der Anſtellung der Klage gedacht wird, kann man einen Unterſchied zwiſchen beiden Fällen herausfinden. Und doch iſt in beiden Sätzen die Zeitbeſtimmung lediglich und ganz in gleicher Weiſe auf „iudicium dabo" bezogen. Willkürlich iſt es, dem annus in demſelben Satze eine ganz verſchiedene Beziehung zu geben, da doch offenbar nur in dem intra und post annum der Gegenſatz liegt. Unmöglich muß jene Auffaſſung erſcheinen, wenn man z. B. folgende Stelle des Edictes betrachtet[275]): „Cuius dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno ... in duplum, post annum in simplum iudicium dabo." Gegen denſelben Verbrecher und wegen deſſelben Verbrechens ſoll intra annum in duplum, post annum in simplum eine Klage ſtattfinden[276]). Es iſt klar, daß hier nur derſelbe annus verſtanden ſein kann; weiter iſt klar, daß dieſer nicht der annus der Prätur ſein kann; es iſt die Rede von einem Jahre, welches von einem beſtimmten, und zwar in beiden Fällen demſelben Zeitpunkte an zu laufen beginnt, und ſich mithin aus einem Kalenderjahre in ein anderes hinaus erſtrecken kann. Mehr Schein möchte es haben, wenn Elvers[277]) das Jahr, innerhalb deſſen die Ausübung einer Servitut ſtattgefunden haben ſoll, damit das Interdict zum Schutze des Quaſibeſitzes zuläſſig ſei, für das bürgerliche oder Kalenderjahr nimmt. Dies könnte wohl richtig ſein, wenn gleich die übrigen Behauptungen von Elvers ungegründet wären. Wenn der Prätor z. B. ſagte: „quo itinere hoc anno usus es" oder „uti hoc anno aquam duxisti" und Aehnliches[278]), ſo mag man wohl fragen, ob hier nicht das laufende Kalenderjahr gemeint ſein ſollte, ſo wie wir es verſtehen, wenn wir ſchlechthin ſagen, „in dieſem Jahre". Doch aber iſt es nicht wahr-

275) L. 4. D. 47. 8.

276) Bezeichnend iſt hier auch der Ausdruck: „quid factum esse dicetur"; nur die Anſtellung der Klage wird als Zukünftiges bezeichnet; das factum kann auch ſchon früherer Zeit angehören.

277) S. 144, 145.

278) L. 1. pr. L. 3. §. 11. D. 43. 19 L. 1. pr. D. 43. 20. L. 1. pr. §. 6. D. 43. 22.

Digitized by Go

ſcheinlich, daß dieſes „hoc anno“ anders zu verſtehen ſei, als das „intra annum“ in anderen Fällen, wenn man nur die Bemerkung Ulpian's lieſt: „interdictum tibi competere intra annum, quia hoc anno ... usus es“[279]). Auch hier ſpricht ebenfalls wieder die Natur der Sache ſehr dagegen, ja läßt es faſt als abſurd erſcheinen, daß „hoc anno“ nur auf das laufende Jahr der Prätur zu beziehen ſei. Es wäre ein ſehr unvollkommener Schutz des Quaſibeſitzes dieſer Rechte geweſen, wenn derjenige, welcher ein ſolches Interdict erwirkte, nachweiſen müßte, „daß er ſeit dem Anfange des laufenden Jahres der Prätur das fragliche Recht ausgeübt hatte, ſo daß ein derartiger Beſitz im vorhergehenden (Kalender-) Jahre ihm nicht zu Statten kam.“ Alsdann wäre ja der Anfang einer neuen Prätur eine günſtige Zeit geweſen für diejenigen, welche die Ausübung von Servituten auf ihrem Grundſtücke ferner nicht verſtatten wollten; ſie brauchten nur durch ihr Verbot den Gegner in die Lage zu verſetzen, daß er nicht anders als vi oder clam das Recht ausüben konnte[280]), ſo waren ſie gegen das Interdict geſichert, wenn auch der Gegner vorher Jahre lang ohne Störung im Beſitze des Rechtes geweſen war. Der Servitutberechtigte mußte ſich wohl vorſehen, daß er ſofort im Januar ſchon fleißig die ſchneebedeckten Pfade wandele; ſonſt war er nach Monaten noch des poſſeſſoriſchen Schutzes in dem neuen Jahre nicht ſicher; denn er mußte in hoc anno non minus quam triginta diebus die Wegegerechtigkeit ausgeübt haben[281]). In der That iſt durch Ausſprüche der Quellen ſelbſt vollſtändig nachzuweiſen, daß auch hier das prätoriſche Edict und ſeine römiſchen Ausleger die Sache richtiger behandelten, als Elvers gethan hat. So ſagt L. 1. §. 3. D. 43. 19.: „Annum ex die interdicti retrorsum computare debemus.“ Vorher in §. 2 ſagt Ulpian: „in ea conditione est, ut ad tuitionem Praetoris pertineat, si modo anno usus est ..... quia plerumque itineribus vel via non semper utimur .... ita annui temporis spatio conclusit usum.“ Nun fragte es ſich, nach welchem Zeitpunkte denn dieſes Jahr zu beſtimmen ſei? Ulpian bemerkt daher weiter: das Jahr muß man zurückrechnen ex die interdicti. Dies kann unmöglich heißen: es kommt auf das Kalenderjahr an, in welchem das Interdict erwirkt wird. Es iſt daher ſchwer begreiflich, was Elvers mit der Bemerkung[282]) ſagen will: „daß die Worte Ulpian's nur die Zeit bezeichnen ſollen, innerhalb der man nec vi, nec clam etc. beſeſſen haben müſſe, erhellt namentlich aus dem in L. 3. pr. von ihm Angeführten, wo es heißt, daß, wenn Jemand anfangs recte beſaß, ſpäter clam, tamen interdictum tibi competere intra annum, quia hoc anno non vi, non clam, non precario usus es.“ Es iſt dies

279) L. 3. pr. D. 43. 19.

280) Vgl. L. 1. §. 5. D. 43. 24.: „Vi factum videri, quod quis contra, quam prohiberetur, fecit.“

281) L. 1. §. 2. D. 43. 19.

282) S. 146, Anm. 28.

Digitized by Google

nicht zu vereinigen mit dem [283]) Gesagten: „mußte nachweisen, daß er seit dem Anfange des laufenden Jahres der Prätur nec vi, nec clam, nec precario das fragliche Recht ausgeübt hatte." Aus L. 3. pr. cit. erhellt nur dieses: Es kommt nur darauf an, ob der Kläger im Zeitraum des letzten Jahres, welches ex die interdicti retrorsum computatur, die Servitut ohne Fehler ausgeübt hat. Wenn er dann auch in der letzten Zeit dieses Jahres dieselbe nur fehlerhaft ausgeübt hat, das schadet ihm nicht; er kann das Interdict noch gebrauchen intra annum, d. h. innerhalb des Zeitraumes von einem Jahre, in welchem er noch ohne Fehler die Servitut ausgeübt hatte, weil dann immer noch mit Recht behauptet wird, was das Edict verlangte, hoc anno non vi, non clam, non precario eum usum esse. Eine andere Stelle, worin Elvers [284]) einen Beweis finden will, daß in dem hoc anno das „nach dem Tage des Interdicts allerdings zu bestimmende bürgerliche Gerichtsjahr zu suchen sei," ist die über das interdictum de aqua aestiva. Dasselbe lautete: „uti priore aestate aquam ... duxisti" etc. [285]), und wenn dafür der Grund angegeben wird: „nam, quia hieme non utitur, referre se non ad praesentem aestatem, sed ad priorem debuit," so könnte man denken: wie hier „hac aestate" im Gegensatze von „superiore aestate" (§. 36 das.) verstanden werde, so sei auch „hoc anno" von dem laufenden bürgerlichen Jahre zu verstehen, um so mehr, da ja in das rückwärts berechnete bürgerliche Jahr auch noch der vergangene Sommer fallen könne. Aber der Grund der besonderen Bestimmung für aqua aestiva liegt wohl darin, daß bei einer Gerechtsame, welche nur im Sommer ausgeübt zu werden pflegt, erst zwei Sommer zusammen eigentlich das annui temporis spatium bilden, innerhalb dessen die Ausübung der Servitut zu erfordern ist; diese entsprechen aber einem ganzen natürlichen Jahre, und es wäre gar nicht entsprechend, wenn es blos bei der aqua quotidiana nur auf das zwischen bestimmten Zeiträumen fixirte bürgerliche Jahr ankommen sollte, wobei es ganz zufällig sein würde, ob zur Zeit des Interdicts schon sechs oder acht Monate oder nur ebensoviel Tage desselben verflossen wären, ob also der Zeitraum, innerhalb dessen die Ausübung stattgefunden haben müßte, länger oder kürzer, und selbst nur auf Tage beschränkt wäre. Freilich kommt im ersten Falle, wenn man nur die beiden Sommer rechnet, nicht leicht der Zeitraum eines ganzen natürlichen Jahres heraus; aber daß man nicht in das zweite Jahr zurückgehen und die Sommerzeiten selbst wieder theilen wollte, war ganz angemessen. Der Vortheil des interdictum de aqua aestiva lag darin, daß noch die Ausübung des Rechtes, seit welcher mehr als ein natürliches Jahr verflossen war, dazu hinreichte, wenn sie nur innerhalb des letzten Sommers geschehen war, und so konnte es der Fall sein, wie

283) S. 145 im Text.
284) S. 145.
285) L. 1. §. 29. D. 43. 20. Vgl. L. 1. D. 43. 21.

Digitized by Go

Ulpian in L. 1. §. 34. D. 43. 20. bemerkt, „si aestate interdicatur, nonnunquam annum et sex menses continere: quod ita contingit, si initio verni aequinoctii ducta sit aqua, et sequenti aestate pridie aequinoctium autumnale interdicatur.“ Ulpian hat bei dieſen Worten „annum et sex menses“ wohl im Sinne gehabt: „ſoviel weiter könne ſich die Zeit des Interdicts erſtrecken über Ein Jahr hinaus, worauf die anderen Interdicte beſchränkt ſind.“ Hiernach erklärt ſich auch L. 1. §. 9. D. 43. 21.: „si modo aut priore aestate aut eodem anno aquam duxerit.“ Auch andere Stellen giebt es, welche die beſtrittene Auslegung des „hoc anno“ nicht ohne Zwang geſtatten [286]), und ſchon der Umſtand liefert ein Argument dagegen, daß von den vielen Stellen, in welchen ſich der Ausdruck findet, keine einzige die geringſte Andeutung enthält, daß man denſelben auf das Jahr der Prätur bezogen habe, was ſich doch gewiß das eine oder andere Mal durch andere Ausdrücke verrathen haben würde. Dieſes negative Argument iſt um ſo wichtiger, da z. B. auch in der lex Aquilia der Ausdruck „in eo anno“ vorkam und dort ebenfalls nicht auf das Kalenderjahr, in welchem die Tödtung vorfiel, bezogen, ſondern ebenſo gedeutet wurde auf ein natürliches Jahr von der Zeit der Tödtung rückwärts gerechnet [287]), wie bei dem interdictum de itinere von dem Zeitpunkte des Interdictes [288]). Hiernach iſt dieſe Abweichung von den bisher herrſchenden Anſichten in Betreff der Interdicte zum Schutze des Quaſibeſitzes widerlegt. Es iſt nun noch zu beachten, was ſich an das Bisherige in Betreff der Theorie über utilis annus anſchließt. Natürlich müßte dem utilis annus nach der Theorie von Elvers ebenfalls eine andere Bedeutung beigelegt werden. Utilis annus iſt ihm das Gerichtsjahr, innerhalb deſſen das Klagerecht, obwohl in einem anderen Gerichtsjahre entſtanden, zuerſt ausgeübt werden konnte, quo primum experiundi potestas fuerit. Der Vortheil dieſer Art der prätoriſchen Zeitbeſtimmung für die Klage ſoll nur darin beſtehen, daß der Klagberechtigte noch in dieſem Gerichtsjahre zur Klage zugelaſſen wird, obſchon das bürgerliche Jahr, in welchem das Klagerecht entſtand, ſchon vergangen iſt. Wenn aber dieſes wirklich die Bedeutung deſſelben wäre, ſo hätte ſich der Prätor wiederum

286) Z. B. L. 1. §. 12. D. 43. 19. vgl. mit L. 1. §. 2. eod.; L. 1. §. 21. D. 43. 20.

287) L. 1. D. 9. 2.: „quanti id in eo anno plurimi fuit. L. 21. §. 1. D. eod.: „Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est ... inde annum numerabimus, ex quo vulneratus est. Vgl. Gai. Inst. Comm. III. §. 214. §. 9. Inst. IV. 3.

288) L. 1. §. 3. D. 43. 19.: „Annum ex die interdicti retrorsum computare debemus.“ Ebenſo ſagt, in Beziehung auf das interdictum utrubi, Gai. Inst. Comm. IV. §. 162. „Annus autem retrorsus numeratur; itaque si tu verbi gratia anni mensibus possederis prioribus V, et ego septem posterioribus, ego potior ero.“ Daraus läßt ſich doch in der That nicht entnehmen, was auch hier Elvers S. 145, 146 annimmt, daß in der Formel des interdictum utrubi, wie ſie L. 1. D. 43. 31. angiebt, die Worte „huiusce anni“ von dem gegenwärtigen bürgerlichen Jahre zu verſtehen ſeien.

Digitized by Google

ſonderbar ausgedrückt, indem er ſagte: „intra annum, quo primum experiundi potestas erit, actionem dabo.“ Der Ausdruck „intra annum“ ſoll überall in der Rede des edicirenden Prätors heißen: „während dieſes Jahres meiner Prätur“, was ſich freilich von ſelbſt verſtand. Der Prätor würde aber da doch wohl geſagt haben: „si hoc anno primum experiundi potestas fuerit, actionem dabo.“ Der Ausdruck „annus, quo etc.“ deutet nicht einen Zeitraum an, welcher ſchon ohnehin völlig beſtimmt iſt, in welchem nur noch etwas eintreten ſoll, ſondern vielmehr einen Zeitraum, welcher eben durch das folgende „quo etc.“ erſt beſtimmt wird. Augenſcheinlich beweiſt die Unhaltbarkeit jener Anſicht noch L. 10. pr. D. 42. 8., wonach das Edict in Beziehung auf jene Klage ſich ausdrückte: „et si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas est...“ Dies kann nicht von dem laufenden Gerichtsjahre verſtanden werden. Da nach dem ſchon Bemerkten das einfache „intra annum“ nicht auf das laufende Gerichtsjahr zu beziehen iſt, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß demſelben Ausdrucke noch viel weniger in obiger Verbindung dieſe Deutung beigelegt werden kann; er bezeichnet vielmehr ein Jahr, welches zu rechnen iſt nach dem Zeitpunkte, quo primum experiundi potestas fuerit.

5) Schalttag[289]). In dem älteren römiſchen Jahre hatte der Februar, wenn es ein gewöhnliches Jahr war, 28 Tage; der 23. derſelben hieß Terminalia, der 24. Regifugium. Alle zwei Jahre aber wurde dieſes Normalmaaß des Februar geſtört, ſo daß er nur 23 Tage hatte; zwiſchen Terminalia und Regifugium wurde ein ganzer mensis intercalaris eingeſchoben, abwechſelnd von 22 und 23 Tagen, welchem dann noch die 5 abgeſchnittenen Tage des Februar (von Regifugium an) angehängt wurden, ſo daß er überhaupt bald aus 27, bald aus 28 Tagen beſtand. Er wurde übrigens wie jeder andere Monat behandelt, hatte alſo ſeine Kalenden, Nonen und Idus, von welchen aus die einzelnen Tage rückwärts gezählt wurden. Cäſar ließ dieſen Schaltmonat ganz fallen, ſetzte aber an denſelben Ort, zwiſchen Terminalia und Regifugium, einen Schalttag, welcher nur alle vier Jahre eintreten ſollte, keine eigene Zahl bekam, alſo auch die gewöhnliche Zählung der Tage des Februar nicht ſtörte, obgleich durch ihn dieſe auf 29 vermehrt wurden. Das Weſen dieſer Einrichtung, welche wir noch jetzt befolgen, und ihr Zuſammenhang mit der vorhergehenden, wird durch Zeugniſſe alter Schriftſteller klar und gewiß[290]). Die römiſchen Juriſten werfen nun die Frage

289) Vgl. Savigny, Syſt. Bd. 4, §. 192, S. 453 flg. Mommſen, römiſche Chronologie S. 242 flg. 1. Ausg. S. 279 flg. 2. Ausg. Arndts im Jahrb. des gem. teutſchen Rechtes S. 286 flg. Mommſen ebd. Bd. 3, S. 358 flg. Vgl. auch den Artikel Calender Bd. 2, S. 535, 536 flg. Aeltere Literatur hat angeführt Savigny a. a. O. S. 454.

290) Macrob. Saturn. Lib. I. cap. 13.: „Romani non confecto Februario, sed post vicesimum tertium diem eius intercalabant.“ Dies geht auf das ältere Jahr; vom Julianiſchen ſpricht cap. 14.: „statuit, ut .. unum inter-

Digitized by Google

auf, ob von den beiden Tagen, welche ante diem sextum Kalendas Martias hießen, der prior oder der posterior als Schalttag zu betrachten sei, und beantworteten sie dahin, der posterior sei der Schalttag, nicht der prior[291]). Damit ist aber die Sache noch nicht abgethan. Dieser Ausdruck ist an sich zweideutig, indem er sich ebensowohl auf die natürliche Zeitfolge beziehen könnte, als auf die rückwärts römische Zählung; im ersten Falle würde der 25. Februar der Schalttag sein[292]), im zweiten Falle wäre es der 24. Februar. Für den 24. Februar als Schalttag haben sich Savigny, Arndts, schon früher Heimbach iun. entschieden[293]), und auch in unseren Kalendern wird der 24. Februar als Schalttag bezeichnet. Dagegen hat Mommsen, unseres Erachtens, unwiderleglich bewiesen, daß der 25. Februar der Schalttag sei. Den Hauptbeweis liefert er durch eine kürzlich im afrikanischen Cirta aufgefundene Inschrift, welche so lautet:

TEMPLUM DEDIC
L. VENULEIO APRO
NIANO II. L. SERGIO
PAULO II. COS
V. K. MART. QUI DI
ES POST BIS. VI. K. FUIT.

Hier wird also der quintus dies ante Kal. Mart., d. i. nach unserer Zählung der 26. Februar des Schaltjahres, als der Tag post bisextum Kal. Mart. bezeichnet, so daß mithin der 25. Februar der Schalttag ist. Gegen diesen Beweis hat Arndts Folgendes bemerkt. Bisextum, behauptet er, — und es ist dies der eigentliche Ausgangs- und Kernpunkt seiner Erörterung, — heißt gar nicht Schalttag, sondern es ist das biduum, welches im römischen Schaltjahre mit a. d. VI. Kal. Mart. bezeichnet wird. Er stützt sich dabei hauptsächlich auf die bekannte Stelle Ulpian's[294]): „Si bisexto natus est, sive priore, sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre; nam id biduum pro uno die habetur et posterior dies Kalendarum intercalatur.“ Ohne Zweifel legen die Worte

---

calarent diem, eo scilicet mense ac loco, quo etiam apud veteres intercalabatur, id est, ante quinque ultimos Februarii mensis dies, idque bisextum censuit nominandum.“ — Censorinus c. 20. sagt von der alten Einrichtung: „in mense potissimum Februario, inter Terminalia et Regifugium, intercalatum est,“ und nachher von der neuen: „ut ... ubi mensis quondam solebat, post Terminalia intercalaretur, quod nunc Bisextum vocatur.

291) L. 3. §. 3. D. 4. 4.: „et posterior dies Kalendarum intercalatur.“ L. 98. D. 50. 16.: „sed posterior dies intercalatur, non prior.“

292) Dieses haben viele neuere Schriftsteller angenommen, z. B. Cocceii, ius controv. IV. 4. §. 1. und andere bei Koch S. 46 Angeführte, zuletzt Mommsen.

293) Vgl. den Artikel Calender S. 537, N. 113. S. auch den Artikel Verjährung Bd. XII, S. 416, N. 553.

294) L. 3. §. 3. D. 4. 4.

eine ſolche Auslegung nahe, ſo daß man nach dieſer Stelle meinen könnte, daß beide Tage zuſammengenommen bisextum hießen. Allein blos der Schalttag führte dieſen Namen, wie von alten Schriftſtellern, wie Cenſorinus, Macrobius, Auguſtinus, behauptet wird [295]). Arndts führt die Stellen der beiden erſten Schriftſteller auch an, während die des letzten bei ihm fehlt, und meint, daß die Stellen der beiden erſten ſich mit ſeinem zweitägigen bisextum wohl vereinigen ließen. „Hätten ſie," bemerkt er, „den Schalttag bisextum nennen wollen, ſo würde Macrobius wohl geſagt haben: eumque diem bisextum censuit nominandum, Cenſorinus: qui nunc bisextum vocatur, und dabei wäre immer noch das Neutrum in der Stelle des Cenſorinus ſehr auffallend; man ſollte eher erwarten: qui nunc bisextus vocatur." Dies beruht aber, wie Mommſen bemerkt hat, auf Unkenntniß des lateiniſchen Sprachgebrauches. Nicht das Neutrum bisextum iſt auffallend, ſondern das Maſculinum würde ein Sprachfehler ſein. „Bisextum vitans Februarii mensis tunc illucescens" ſagt Ammianus [296]), τὸ βίσεξτον die Griechen [297]); erſt vom fünften Jahrhundert an ſchreiben die Theologen bisextus [298]), was ebenfalls ſeinen guten Grund hat. Denn der 24./25. Februar heißt ja nicht etwa dies sextus, ſondern ante diem sextum; wollte man aus dieſer Phraſe ein Subſtantiv bilden, ſo konnte dies nur neutral, nicht maſculiniſch ausfallen. Dieſes neutrale bisextum aber zieht nach bekanntem römiſchen Sprachgebrauche das vorhergehende Pronomen an, und die Worte des Cenſorinus ſind zu überſetzen: „ein Tag wird eingeſchaltet, welcher bis jetzt Biſextum genannt wird," während Arndts ſie ſo überſetzt: „und das iſt es, nämlich die durch Intercalation bewirkte Combination von zweimal 24 Stunden, was Biſextum genannt wird." Es giebt aber noch andere Stellen, welche womöglich noch entſcheidender ſind. Polemius Silvius, welcher im J. 448 ſchrieb, ſagt: „Ob quadrantem, quod per quadriennium dies unus iunctus crescit, quarto anno, quem bisextum vocamus, inseritur;" Iſidorus: „Bisextus est post annos quatuor unus dies adiectus; crescit enim per singulos annos quarta pars assis, at ubi quarto anno assem compleverit, bisextum unum facit" (die Stellen ſind in der letzten Note angeführt). Weiterhin erklärt Iſidorus die Bedeutung davon, daß das Jahr nicht auskomme, „nisi bis sexto Kalendas Martias (sexto Kal. Mart. iſt als indeclinables Sub-

---

295) Censorinus l. c.: „Dies unus ... intercalatur, quod nunc bisextum vocatur." Macrobius l. c.: „statuit, ut ... unum intercalarent diem ... idque bisextum censuit nominandum." Augustinus de Trin. 4. 4. „unum diem, quem necesse est intercalari excurso quadriennio, quod bisextum vocant."

296) XXVI. 1. 7.

297) Lydus, de mens. III. 4. 7.

298) Zuerſt haben es Polemius Silvius (S. 241 der Ausgabe von Mommſen) und Isidorus, Orig. VI. 17. 25. 26. Auguſtinus hat annus bisextus für das jetzt gangbare annus bisextilis.

Digitized by Google

ſtantiv zu faſſen) computaveris, hoc est et primo die sexto Kalendas Martias et addito bis sexto, alio die sexto Kalendas Martias iteraveris.“ Aehnliches findet ſich bei den Byzantinern [299]), deren Schultradition in einer ſolchen Frage auch von Gewicht iſt. Allein ſchon die Zeugniſſe der lateiniſchen Quellen reichen zum völligen Beweiſe der althergebrachten Meinung hin, daß bisextum der Schalttag ſei. — Auf der anderen Seite iſt es richtig, daß Ulpian dieſen Sprachgebrauch nicht befolgt haben kann, und es fragt ſich, wie dieſe Differenz zu löſen ſei. Die Antwort iſt nach Mommſen folgende. Die ältere und eigentlich officielle Bezeichnung des Schalttages iſt, daß biduum pro uno die habetur, demnach das bürgerliche Datum a. d. VI. Kalendas Martias für zwei aſtronomiſche Tage gilt, alſo dieſer bürgerliche Tag aus zwei aſtronomiſchen, einem dies prior und einem dies posterior beſteht. Der älteſte Schriftſteller, welcher dieſe Datirungsform erwähnt, der jüngere Celſus (Conſul 129) bezeichnet ſie angemeſſen und genau mit den Worten: „cum bis sextum Kalendas est“ [300]), d. h. wenn man zweimal ſchreibt: a. d. VI. Kal. Mart., hier wird alſo das Wort bisextum noch gar nicht gebraucht, ſondern nur kürzer und beſſer geſagt, was Iſidorus ſo ausdrückt: „primo die sexto Kalendas Martias et alio die sexto Kalendas Martias“ [301]). Jene Stelle des Celſus hatte Ulpian vor Augen, als er die oben angeführten Worte ſchrieb; er faßt hier die beiden Tage sextum Kalendas in den Geſammtausdruck bis sexto zuſammen, was mit dem grammatiſchen Sinne der Phraſe ſich leidlich vertrug und im Zuſammenhange deutlich, vorzüglich aber kurz und bequem war. Dem gewöhnlichen Sprachgebrauche aber gehört dieſe Redeweiſe Ulpian's nicht an. Die Zeugniſſe für dieſen ſind vorher angeführt worden; es iſt bemerkenswerth, daß die beſten Gewährsmänner, namentlich Cenſorinus, die Bezeichnung des Schalttages durch bisextum als eine im gemeinen Leben übliche, aber nicht eigentlich ſchriftmäßige und gewiſſermaßen der Entſchuldigung bedürftige vorbringen; was begreiflich iſt, da die Gebildeten die grammatiſch und logiſch fehlerhafte Bildung des Subſtantivs bisextum natürlich empfanden. Eben darum hielt ſich Ulpian wohl umſomehr für befugt, das Wort in einer ungebräuchlichen, aber rationelleren Weiſe da zu verwenden, wo dem Zuſammenhange nach ein Mißverſtändniß nicht entſtehen konnte. Aber der Sprach-

---

299) Basil. II. 2. 95.: „*Τὸ βίσεξτον μία ἡμέρα ἐστί.*“ Es iſt dies die von dem Anteceſſor Julianus (bei den Griechen *ὁ ἀνώνυμος*) aus dem 6. Jahrhundert herrührende Ueberſetzung der von Celſus herrührenden L. 98. D. 50. 16. auf welche Arndts ſich ſtützt. Anderes dieſer Art findet ſich in den Wörterbüchern von Ducange und Stephanus unter *βίσεξτον*.

300) L. 98. D. 50. 16., das überlieferte Kalendis iſt unrichtig aufgelöſte Abkürzung.

301) Auch Lydus, de mens. III. 4. 7. leitet *βίσεξτον* noch richtig ab: „*λέγεται διὰ τὸ δὶς πρὸ ἕξ καλανδῶν Μαρτίων ἀριθμεῖν κατὰ τετραετίαν Ῥωμαίους.*“ Damit verträgt ſich ſehr wohl, daß blos der zweite Tag ſo hieß.

Digitized by Google

gebrauch bedurfte nun einmal einer kurzen Bezeichnung für den Schalttag, und er nahm sie, wo sie eben sich darbot; die Festigkeit und Allgemeinheit desselben geht aus den freilich theilweise tadelnden, aber um so zuverlässigeren Zeugnissen des Censorinus, Augustinus, Macrobius und Polemius Silvius auf das Bestimmteste hervor. Wenn sich nun in der oben angeführten afrikanischen Inschrift aus der zweiten Hälfte des zweiten Jahrhunderts die Worte finden: „V. K. Mart. qui dies post bis VI K. fuit", so kann über die Auffassung derselben kein Zweifel sein. Schon der Gegensatz von V. K. Mart. und bis VI K. Mart. fordert die Gleichartigkeit der beiden Zeitabschnitte; aber vor allem läßt sich hier der Phrase vernünftigerweise nicht diejenige Bedeutung beilegen, in welcher ein Vulgarwort ein einziges Mal von einem gebildeten Schriftsteller gesetzt worden ist, sondern allein diejenige, welche diesem Vulgarworte im gemeinen Leben beigelegt zu werden pflegte. Das aus obiger Inschrift entlehnte Resultat, daß der römische Schalttag der 25. Februar war, wird, wie Mommsen in der zweiten Ausgabe seiner Chronologie ausgeführt hat, durch die Berichte über den Regierungsantritt des Kaisers Valentinian bestätigt. Dieser traf bei dem Heere am Vorabende des Schalttages ein; den Schalttag ließ er verstreichen, bevor er das Diadem nahm, „bisextum vitans tunc illucescens," wie Ammianus sagt; sein Regierungsantritt fand erwiesenermaßen am 26. Februar statt. Es kann nicht deutlicher gesagt werden, daß das bisextum nur Ein Tag, und dessen Sonnenaufgang der des 25. Februar war. Eben dasselbe geht noch hervor aus des Isidor's oben angeführten Worten: „primo die sexto Kalendas Martias et addito bis sexto, alio die sexto Kalendas Martias iteraveris," und aus der Fassung, in welcher die Stelle des Celsus in den Basiliken erscheint. Jedes dieser Zeugnisse beweist abermals, was nun auch durch die oben gedachte afrikanische Inschrift gewiß ist, daß das bisextum der 25. Februar ist. Wären aber auch alle diese Berichte über das bisextum nicht vorhanden, so würde doch feststehen, daß von den beiden Tagen, welche in Schaltjahren mit „ante diem VI. Kal. Mart." von den Römern bezeichnet wurden, der zweite, nicht der erste, als Schalttag galt. „Posterior dies intercalatur, non prior," sagt Celsus; „posterior dies intercalatur," ihn ausschreibend Ulpian; „ἡ ὑστέρα (ἡμέρα) ἐστὶν ἡ περιττή" lautet jene Stelle in den Basiliken. Hier beruft man sich auf die rückläufige Zählung des Kalenders bei den Römern; sogar das von Ulpian beigefügte „Kalendarum" soll eine Hinweisung darauf enthalten. Allein, es ist, wie Mommsen bemerkt, „Kalendarum" hier hinzugefügt, weil man vollständig sagen würde „prior dies (eorum, qui dicuntur ante diem sextum) Kalendas," und dieser Zusatz soll den Ausdruck als Datirung bezeichnen, etwa wie wir ähnlich „des Monats" an das Datum anhängen. Allerdings haben die Römer ihre Monatstage rückläufig gezählt; aber diejenige Art rückläufiger Zeitanschauung, welche ihnen hier beigemessen wird, ist dem Alterthum fremd. Der

Digitized by Google

sechstletzte Tag der Römer — sextum Kalendas — ist nicht der sechste — sextus — des Monats; noch in dem kürzesten und zerrüttetsten Ausdrucke der Datirung bleibt die Andeutung der rückläufigen Zählung. Wer posterior dies übersetzt „der frühere Tag", setzt damit eine sprachliche und logische Unmöglichkeit. Es hat wohl auch seinen guten Grund, weshalb für diese Gattung von Rückläufigkeit bis jetzt auch nicht Ein zweites Beispiel aus der gesammten juristischen und nichtjuristischen Literatur beigebracht worden ist. Nach allem diesem ist die Frage, ob die Römer den 24. oder 25. Februar des Schaltjahres als bisextum oder Schalttag betrachtet haben, für den 25. Februar entschieden zu halten. Darüber allerdings läßt sich streiten, ob diese Auffassung die richtige sei. Es ist bekannt, und nach Anderen von Mommsen ausführlich dargelegt worden, daß in Bezug auf das vorcäsarische Schaltsystem arge Schwierigkeiten in den Quellen selbst vorliegen und es ganz unmöglich ist, alle Zeugnisse in einfachem Wege zu vereinigen. Arndts ist auf diese Seite der Untersuchung, welche größtentheils außerhalb des eigentlichen juristischen Gebietes liegt, nur beiläufig eingegangen; Mommsen hat kurz angedeutet, daß durch dessen Gegenbemerkungen der Stand der Frage nicht wesentlich verändert worden sei. Die obengedachte afrikanische Inschrift kann nicht so verächtlich behandelt werden; es handelt sich nicht um eine antiquarische Notiz, in welcher jener anonyme Berichterstatter geirrt haben könnte, sondern darum, ob die Bezeichnung des Schalttages in der juristischen Ueberlieferung in der durch diese bestimmten gemeinen Meinung sich an den 24. oder an den 25. Februar geknüpft, ob Celsus, welcher, wie man sieht, in seinen Digesten auch den vorcäsarischen Kalender behandelt hat, jenen oder diesen für den Schalttag erklärt hat. Die Datirung des afrikanischen Steins ist der nächste Anlaß geworden, die Stelle des Celsus von einer unrichtigen Auslegung zu befreien und ihren einfachen Sinn richtig aufzufassen. In ähnlicher Weise täuscht sich Arndts über die Bedeutung der livianischen Zeugnisse. „Es ist mehrfach bezeugt", sagt Arndts[302]), „daß vor Cäsar die Intercalation sehr unregelmäßig, ja willkürlich gehandhabt wurde." Dies ist nach Mommsen in dieser Anwendung unrichtig. Daß in dem Wechsel der gemeinen und der Schaltjahre an sich und wieder der 377tägigen und der 378tägigen Schaltjahre von einem gewissen Zeitpunkte an die durch Volksbeschluß legalisirte Willkür der Pontifices entschied, ist bekannt; daß aber die Schaltung gelegentlich einen Tag nach dem oder den feststehenden Intercalationseinschnitten eingelegt worden sei, sagt Niemand und ist nicht glaublich, da für eine solche Abweichung vom Herkommen weder eine Veranlassung, noch irgend ein dabei zu erlangender Vortheil abzusehen ist. Wenn nach Livius[303]) im Jahre Roms 584 nach dem 24. Februar, im Jahre

302) S. 292 flg.
303) XLIII. 11. und XLV. 44.

Digitized by Google

587 nach dem 23. Februar eingeschaltet wird, so findet Arndts darin, daß nicht vielmehr im J. 586 geschaltet wurde, einen Beweis dafür, daß hier „jedenfalls eine Unregelmäßigkeit der Intercalation, wenn nicht eine Unrichtigkeit in der Angabe vorliege.“ Es sind aber hier zwei ganz verschiedene Dinge vermengt: der Wechsel von Schaltjahren und gemeinen Jahren und der Wechsel im Intercalationsabschnitt. Der bis zu einem gewissen Grade willkürliche Wechsel jener ist für diese Periode gewiß; 585 und 586 sind ohne Zweifel zwei auf einander folgende gemeine Jahre gewesen, ebenso wie die folgenden zwei Jahre 587 und 588 aus zwei Schaltjahren bestanden haben. Hieraus folgt aber nicht die Unregelmäßigkeit im Eintreten des Intercalationsabschnittes, geschweige denn dessen willkürliche Verschiebung. Die Frage ist dahin zusammenzufassen, daß die annalistische Ueberlieferung auf ein zwiefaches Schaltjahr von 377 oder 378 Tagen und einen entsprechenden zwiefachen Schaltabschnitt entweder nach dem 23. oder nach dem 24. Februar hinführt; daß dem letzteren Ansatze entsprechend die Juristen der Kaiserzeit den 25. Februar als den Schalttag des cäsarischen Kalenders betrachteten, dagegen die späteren Grammatiker, wahrscheinlich irre geleitet durch eine falsch aufgefaßte Angabe Varro's und durch die alte immer an die Terminalien anknüpfende Intercalationsformel [304]) vielmehr den 24. Februar als den Schalttag ihrer Zeit angesehen wissen wollten. Es ist nicht unmöglich, daß, wenn Celsus schrieb: „posterior dies intercalatur, non prior,“ er eben der letzteren Ansicht entgegentreten wollte. Man sieht, daß in Bezug auf den vorcäsarischen Kalender beide Parteien an sich Recht hatten, und die Grammatiker nur insofern irrten, als sie das Besondere falsch generalisirten. Was den cäsarischen Kalender anlangt, so kam nicht viel darauf an, ob man von dem zum bürgerlichen Tage erklärten Doppeltage die erste oder die zweite Hälfte als geschaltet ansah; aber die natürliche und verständige Auffassung war die letzte, da ja die Schaltung stets rechtlich mit dem letztvorhergehenden, nicht mit dem nächstfolgenden bürgerlichen Tage zusammengeworfen worden war — „Cato omnes (mensis intercalaris) dies pro momento temporis observat extremoque diei mensis Februarii attribuit Q. Mucius“ [305]). Aus demselben Grunde, weshalb Scävola den Schaltmonat dem letzten (23. oder 24.) Februar, nicht dem 1. März zugezählt hatte, mußte Celsus die zweite Hälfte des Sechstkalenderbiduum für geschaltet, also die Schaltung des 378tägigen Schaltjahres für die von Cäsar festgehaltene erklären; hätte dieser die des 377tägigen festhalten wollen, so würde er den 23. Februar, a. d. VII. Kal. Mart., 48stündig gemacht haben. — Nach der Behauptung Vieler soll der römische Schalttag nicht mehr der unserige sein, da nach unserer heutigen Sitte, die Monatstage mit fortlaufenden Zahlen zu versehen, der 29. Februar

304) Mommsen, röm. Chronol. S. 39, Anm. 46.
305) L. 98. §. 1. D. 50. 16.

Digitized by Go

zum Schalttag geworden sei [306]). Diese Meinung hat einigen Schein für sich; denn wenn man den gedruckten Kalender eines Schaltjahres mit dem eines gemeinen Jahres vergleicht, so besteht der sichtbarste Unterschied darin, daß jener einen 29. Februar hat, welcher diesem fehlt, und daher in dem Schaltjahre neu hinzugefügt erscheint. Daß aber diese Ansicht nicht mit der Wahrheit übereinstimmt, lehrt jeder gedruckte Kalender, welcher noch immer den 24. Februar als Schalttag aufführt, und wenn auch nach den Ausführungen von Mommsen nicht der 24., sondern der 25. Februar der wahre römische Schalttag war, so beweist doch der angeführte Umstand, daß wir uns ganz an die Römer hierin angeschlossen haben. Der eigentliche Grund, welcher für jene Meinung zu sprechen scheint, liegt in der kleinen Unbequemlichkeit, welche aus der Combination des Schalttages mit unserer Art, die Tage zu zählen, hervorgeht, und in den Irrungen, welche dadurch veranlaßt werden können. Diese Rücksicht könnte höchstens einen Gesetzgeber bestimmen, den Schalttag zu verlegen; die Juristen sind dazu gewiß nicht befugt. — Was die juristische Behandlung des Schalttages betrifft, so ist der Grundsatz der, daß die zur Einschaltung angewendete Zeit gar nicht als Zeit berücksichtigt werden soll. Dieser Grundsatz bestand schon im älteren Kalender und wurde hier auf die Weise ausgeführt, daß der ganze Schaltmonat als ein einziger Augenblick angesehen, und zwar zu dem Endpunkte des unmittelbar vorhergehenden Tages gerechnet wurde. Dies geht aus der schon oft erwähnten Stelle des Celsus [307]) hervor. Der §. 2 der in der Note angeführten Stelle hat folgende Schicksale gehabt. Anstatt der florentinischen Lesart „viginti octo" hat die Vulgata: XXIX. Dieses ist eine vermeintliche Verbesserung, welche aus folgender, in der Glosse angedeuteten Betrachtung entsprungen ist [308]). Mensis intercalaris, dachte man, ist der Februar eines Schaltjahres, weil derselbe einen Schalttag in sich schließt; da nun dieser 29 Tage hat, so muß die Zahl in XXIX verändert werden. Als nun später der florentinische Text entdeckt wurde, suchte man diesen dadurch zu rechtfertigen, daß der Schalttag für nichts gelte und daher im juristischen Sinne doch nur 28 Tage in einem solchen Februar enthalten seien [309]). Beide

306) Lauterbach, Coll. th. pract. Pand. Lib. XLIV. Tit. 3. §. 4. Voet, Comm. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 3. §. 2. Cocceii, Ius controv. IV. 4. §. 1. Schneidt, de utilitate stadii chronologici in iurisprudentia (Wirceb. 1782.) p. 17. 22.

307) L. 98. §. 1. 2. D. 50. 16. §. 1.: „Cato putat, mensem intercalarem additicium esse, omnesque eius dies pro momento temporis observat, extremoque diei mensis Februarii attribuit Q. Mucius." §. 2.: „Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo." Die Basiliken (Lib. II. Tit. 2. cap. 95.) geben den §. 2 so wieder: „ὁ γὰρ Φεβρουάριος εἴκοσι ὀκτὼ ἡμερῶν ἐστιν."

308) Glossa in §. 2. cit. „Viginti novem. Alias Februarius habet tantum XXVIII."

309) Breuning, Diss. ad Celsum in L. 98. de V. S. (Lips. 1757.) p. 11. Schneidt p. 17. Dies ist auch die Auffassung der Basiliken in der vorher angeführten Stelle.

Digitized by Google

Erklärungen sammt der auf die eine gebauten Zahl XXIX sind nicht richtig. Mensis intercalaris oder intercalarius ist der ganz gewöhnliche Name des alten Schaltmonates, und in jener Digestenstelle ist durchaus nur an den alten Schaltmonat zu denken, welcher in den unmittelbar vorhergehenden Worten mit jenem Ausdrucke bezeichnet worden war, da es sich gar nicht denken läßt, daß der Schriftsteller in wenigen Zeilen dasselbe Wort in zwei durchaus verschiedenen Bedeutungen, ohne alle Warnung, gebraucht haben sollte. Der §. 2 spricht daher, ebenso wie der §. 1, von dem Schaltmonate des älteren Jahres, und dazu paßt die Zahl XXVIII sehr gut, indem jener Schaltmonat, mit Inbegriff der ihm zugeschlagenen 5 letzten Tage des Februar, abwechselnd 27 oder 28 Tage hatte. Entweder hatte nun Celsus, im Vorübergehen von dieser Sache handelnd, nur die größte unter den beiden vorkommenden Zahlen (also das äußerste Maaß des Schaltmonates) nennen wollen, oder er hatte wirklich gesagt: XXVII vel XXVIII, und sein genauer Ausdruck ist erst bei der Aufnahme in die Digesten abgekürzt worden, da ohnehin der Gegenstand nur noch antiquarisches, kein praktisches Interesse hatte [310]). — Auf die Einschaltung des Julianischen Jahres wird der aufgestellte Grundsatz dadurch angewendet, daß der Schalttag (25. Februar nach dem Obigen) als mit dem vorhergehenden Tage gänzlich zusammenfallend angesehen wird [311]), nach welcher Fiction diese zwei wirklichen Tage im juristischen Sinne nur für Einen Tag gelten [312]). — Es ist nunmehr die Anwendung dieses für den Schalttag aufgestellten Grundsatzes auf einzelne Rechtsverhältnisse zu zeigen. Der Schalttag kann in Rechtsverhältnissen auf zweierlei Weise in Betracht kommen: erstens, wenn er in den Lauf eines Zeitraumes fällt; zweitens, wenn er mit den Grenzpunkten desselben in Berührung kommt, nämlich entweder mit dem Anfange oder mit dem Endpunkte, oder mit beiden Grenzen zugleich. Das erste Verhältniß des Schalttages ist im allgemeinen weder schwierig, noch bestritten. Wenn in dem Laufe eines Zeitraumes Ein Schalttag oder mehrere gefunden werden, so wird der ganze Zeitraum um ebenso viele wirkliche Tage verlängert, da die einfallenden Schalttage gar nicht als Zeiträume angesehen werden sollen. Hatte also vor Justinian die Usucapion einer beweglichen Sache im Januar eines Schaltjahres angefangen, so wurde sie erst mit 366 Tagen vollendet, und der Besitzer erlitt dadurch einen kleinen Nachtheil. Die

---

310) Dies ist die Auffassung der Stelle durch Ideler, Chronologie Bd. 2, S. 58, 59. Ihm folgt Savigny, System Bd. 4, S. 461, 462. Vgl. auch den Artikel Calender Bd. II, S. 535.

311) Diejenigen, welche den 24. Februar als Schalttag annehmen, sehen den Schalttag mit dem darauf folgenden Tage (also den 25. Februar) als gänzlich zusammenfallend an.

312) L. 3. §. 3. D. 4. 4.: „nam id biduum pro uno die habetur." Ebenso L. 98. pr. D. 50. 16. — Cap. 14. X. de V. S. „qui duo quasi pro uno reputantur."

Digitized by Google

Quellen sprechen sich zwar über diesen Fall nicht ausdrücklich aus; allein es folgt die angenommene Entscheidung aus dem Princip, daß der Schalttag mit dem zunächst vorhergegangenen Tage (nach der gewöhnlichen Ansicht mit dem darauf folgenden Tage) als Ein Tag angesehen werden soll [313]). Ebenso beträgt die 30jährige Klagenverjährung, wegen der einfallenden 7 oder 8 Schalttage, nicht 30mal 365 Tage, sondern bald 7, bald 8 Tage mehr, und der Klageberechtigte hat den kleinen Vortheil, daß er einige Tage länger nachlässig sein darf, ohne etwas zu verlieren. Diese Regel selbst ist unbestritten, auch nicht schwierig in der Anwendung; es fragt sich nur, welche Fälle etwa von ihrer Anwendung ausgenommen sein möchten, und dabei kommt es auf die Auslegung einer Digestenstelle von Marcellus an, L. 2. D. XLIV. 3. Die Stelle lautet: „In tempore constituto iudicatis, an intercalaris dies proficere iudicato, necne, debeat, quaeritur: item de tempore, quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur: veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet: aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque [314]) actiones. Et [315]) si quis fundum ita vendiderit, ut, nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori [316]). Mihi contra videtur." Der allgemeine Gang der Gedanken ist folgender. Zuerst werden zwei Fälle als Fragen aufgestellt; wörtlich wird nur der zweite mit großer Bestimmtheit entschieden; die Entscheidung soll aber unzweifelhaft auch für den dritten gelten. Hierauf folgen zwei andere

313) Hiernach ist das im Artikel Verjährung Bd. XII, S. 416 Gesagte zu berichtigen.

314) Bynkershoeck, Obs. Lib. IV. cap. 8. hat an dem Worte „pleraeque" Anstoß genommen, weil nicht die meisten, sondern alle ädilizische Klagen verjährbar seien; deshalb verbessert er „peraeque". Allein erstens kann pleraeque auch mehrere heißen, ohne Beziehung auf den Gegensatz einer Minderzahl, so daß es dann den Begriff von omnes zwar nicht ausdrückt, aber auch nicht ausschließt. Zweitens kann es auch unbekannte ädilizische Klagen gegeben haben, welche wir nur nicht kennen. Vgl. Puettmann, Opusc. p. 145.

315) Anstatt „Et" schlägt Bynkershoeck l. c. vor, durch Hinzuziehung der vorhergehenden s zu lesen Set. Savigny, System Bd. 4, S. 465, N. b billigt diese Emendation, da sie auf einer bloßen Gemination beruhe. Durch eine Wiederholung des von Bynkershöck eingeschlagenen Verfahrens entsteht Set et. Letzteren bedarf es nicht. Die erste Gemination läßt sich aber rechtfertigen.

316) Die Florentina liest proficietempori, woraus durch Gemination des t gemacht worden ist tempori. Ebensogut kann man aber das ausgefallene t hinter p einsetzen, woraus emptori entsteht, übereinstimmend mit der Vulgata. Dieses Letzte ist das Bessere, da proficit tempori, für Erweiterung der Zeit, gezwungener ist, als proficiet emptori, für den persönlichen Vortheil des Käufers, welcher einen Tag gewinnt; außerdem spricht dafür die augenscheinliche Analogie des proficere iudicato im Anfange der Stelle, worin gleichfalls proficere auf die Person bezogen wird. Dirksen, Abhandlungen Bd. 1, S. 456. Die Lesart emtori haben auch die Griechen in ihren Handschriften gehabt; denn die Basiliken (L. 51. Tit. 3. cap. 2.) haben τῷ ἀγοραστῇ.

Digitized by Google

Fälle, ohne ausdrückliche Entscheidung, aber durch die Verbindungsworte der vorhergehenden Entscheidung angeschlossen. Dann kommt ein fünfter Fall, in ungewisser Verbindung mit den vorigen ausgedrückt. Endlich folgt ein allgemein lautender Widerspruch gegen die Meinung, welche allgemein in Frage gestellt und für Einen Fall entschieden behauptet worden war. Zuvörderst ist einleuchtend, daß nicht derselbe Schriftsteller dasjenige, was er zuerst sine dubio als wahr aufgestellt hatte, zuletzt ebenso bestimmt verneinen kann. Um diesen Widerspruch aus den Gedanken des Marcellus zu entfernen, haben Manche behauptet, die Schlußworte „mihi contra videtur" enthielten eine berichtigende Note Ulpian's zu der Schrift des Marcellus[317]). Diese Aushilfe ist zu verwerfen, weil man die Thatsache erst in den Text hineintragen müßte, das Verfahren der Compilatoren sehr unvorsichtig, mithin nicht ohne Noth anzunehmen wäre, eine befriedigende Auflösung aber doch nicht gewonnen sein würde. Daher haben von jeher die Meisten angenommen, Marcellus behaupte für die vier ersten Fälle die Regel, für den fünften die Ausnahme. Um dieses auch mit dem Ausdrucke in befriedigenden Zusammenhang zu bringen, hat man, schon von der Glosse an, den letzten Satz, von „Et si quis fundum" an, als Frage aufgefaßt, worauf dann das „mihi contra videtur" die verneinende Antwort giebt, in welcher die praktische Verschiedenheit des fünften Falles von den vier ersten ausgesprochen wird. Diese Erklärung gewinnt noch sehr an Wahrscheinlichkeit durch die Lesart sed (set, set et), wodurch der Gegensatz des fünften Falles gegen die vier ersten im Eingange bemerklich gemacht wird. Auch die Juristen des 6. Jahrhunderts haben dieselbe Auffassung, wie die meisten Neueren, daß sie den letzten Fall als Ausnahme, die vorhergehenden als Regel betrachten. So hat der Antecessor Julianus (bei den Griechen der Anonymus) in seinem Digestencommentar die Stelle aufgefaßt, und diese Auffassung ist in die Basiliken, welche den Digestentext aus diesem Commentar entlehnt haben, übergegangen[318]). Die fünf Fälle können nur als Repräsentanten von Gattungen dienen, und es ist immer noch die Frage zu beantworten: In welchen Fällen soll die Regel gelten, daß der

317) Merillius, Obs. VII. 18. Schulting, Iurispr. anteiust. p. 553.

318) In den Basiliken (Lib. 51. Tit. 3. cap. 2.) lautet die Stelle: „*Ἡ τοῦ βισέξτου ἡμέρα προστίθεται τοῖς κεκριμένοις καὶ τοῖς διὰ χρήσεως δεσπόζοισι, καὶ τῷ χρόνῳ τῶν ποσκαίρων ἢ ἐμπροθέσμων ἀγωγῶν· οὗ προστίθεται δὲ τῇ ἀγοροστῇ, ἡνίκα συμφωνηθῇ, ὥστε τὸ πραθέν, εἰσω τριάκοντα ἡμερῶν μὴ δεδομένου τοῦ τιμήματος, ἀναγόραστον εἶναι.*" In den Basiliken ist der Fall der Proceßverjährung, welchen die Digestenstelle enthält, weggelassen, obschon Justinian in L. 13. §. 1. C. III. 1. (von 530) für bürgerliche Rechtssachen die dreijährige Proceßverjährung eingeführt hatte. Die Gründe dieser Weglassung sind unbekannt. Daß der Fall der Proceßverjährung nicht in den Worten „*καὶ τῷ χρόνῳ τῶν ποσκαίρων ἢ ἐμπροθέσμων ἀγωγῶν*" mit enthalten sei, leuchtet ein; diese Worte beziehen sich allein auf den Fall der Klagenverjährung, da *ἐμπροθέσμων* mit *ποσκαίρων* offenbar gleichbedeutend ist.

Digitized by Google

Schalttag nicht als ein Tag berücksichtigt werde, in welchen soll sie nicht gelten? Dazu müssen die einzelnen Fälle durchgegangen werden. 1) Tempus constitutum iudicatis. Die 12 Tafeln geben jedem verurtheilten Schuldner 30 Tage Zeit zur Zahlung [319]), und dies galt noch zur Zeit der classischen Juristen [320]). Daher will Marcellus sagen: wenn in diese Zeit von 30 Tagen ein Schalttag fällt, so werden es in der That 31, weil der Schalttag mit dem vorhergehenden Tage für Einen Tag gerechnet wird; daher gewinnt der Schuldner Einen Tag, „intercalaris dies proficit iudicatis." Gleiches ist unseres Erachtens auch bei dem durch Justinian bestimmten tempus iudicati von 4 Monaten [321]) anzunehmen, da, wie oben bei der Lehre von der civilen Computation bemerkt worden ist, der Monat nicht regelmäßig eine Frist von 30 Tagen enthält [322]). 2) Tempus, quo lis perit. Dieses ist die von der lex Iulia für die legitima iudicia bestimmte Zeit von $1^1/_2$ Jahre, worin der iudex ein Urtheil gesprochen haben muß, wenn nicht der Proceß für den Kläger verloren sein soll [323]). Von dieser Zeit nun sagt Marcellus ausdrücklich, daß sie durch den einfallenden Schalttag erweitert werde. 3) Si de usucapione sit quaestio. Hier macht das einleitende „veluti" einige Schwierigkeit, indem dasselbe dazu verleiten könnte, die Usucapion als ein einzelnes Beispiel des tempus, quo lis perit, anzusehen; dieses ist aber unmöglich und könnte höchstens in den neueren Begriffen von Verjährung einige Nahrung finden, welche jedoch den römischen Juristen ganz fremd sind. Es ist aber auch gar nicht nöthig, das „veluti" so zu verstehen; man muß vielmehr das vorhergehende „existimandum est" hinzudenken, und es soll daher nur die gleiche Entscheidung auch für die Usucapion durch veluti ausgedrückt werden. Marcellus will mithin sagen: sowie es auch angesehen werden muß, da, wo der Zeitraum einer Usucapion in Frage kommt — nämlich so, daß deren Zeitraum (damals 1 Jahr oder 2 Jahre) durch den einfallenden Schalttag verlängert wird. 4) Aut (sit quaestio) de actionibus, quae certo tempore finiuntur. Auch die Zeit einer Klagenverjährung soll durch den Schalttag verlängert sein, wofür mehrere ädilizische Klagen als Beispiele angeführt werden. Bei den uns bekannten ädilizischen Klagen ist die Verjährungszeit 60 Tage, 6 Monate, 1 Jahr [324]). 5) Si quis fundum etc. Es ist der Fall der lex commissoria neben einem Kaufcontracte, gestellt auf 30 Tage; in diesem

---

319) Gellius, Noct. Att. XV. 3. und XX. 1. „triginta dies iusti sunto."

320) Gai. Inst. Comm. IV. §. 78. L. 4. §. 5. L. 7. D. 42. 1. Vgl. auch L. 29. D. 42. 1. und L. 16. §. 1. D. 16. 2.

321) L. 2. C. VII. 54.

322) Hiernach ist das in dem Art. Verjährung Bd. XII, S. 416, N. 556 Bemerkte zu berichtigen.

323) Gai. IV. §. 104.

324) Zu berichtigen ist hiernach das im Artikel Verjährung S. 417, N. 559 Bemerkte.

Digitized by Google

Falle soll der Schalttag die Zeit nicht verlängern. Es entsteht nun die Frage, auf welchen allgemeinen Charakter diese Verschiedenheit der vier ersten Fälle von dem fünften zurückzuführen ist, indem davon die Beurtheilung aller anderen hier nicht genannten Fälle abhängen muß. Von den Meisten ist von jeher die Verschiedenheit darin gesucht worden, daß in den vier ersten Fällen von Jahren oder Monaten, im fünften von Tagen die Rede sei; hiernach soll also auch in anderen Fällen unterschieden werden [325]). Geht man aber von dem Grundsatze aus, daß der Schalttag kein Tag ist, so darf er nicht mitgezählt werden, der Zeitraum mag nun in einer Zahl von Tagen oder von Jahren ausgedrückt sein. Gegen diese Meinung ist aber der Umstand völlig entscheidend, daß der erste unter den vier Fällen ebenfalls auf einen in Tagen ausgedrückten Zeitraum geht, so daß in ihm sogar dieselben triginta dies vorkommen, wie in dem fünften Falle [326]). — Ist nun die Unterscheidung der Jahre und Tage zu erwarten, so bleibt nur noch der Unterschied übrig, daß die vier ersten Zeiträume auf Gesetzen beruhen (Volksschluß oder Edict), der fünfte auf einem Vertrage, und dieser Unterschied ist denn auch in der That der entscheidende, auch für alle übrigen, in unserer Stelle nicht berührten Fälle. Dafür läßt sich ein völlig befriedigender innerer Grund anführen. Die Fiction, daß der Schalttag kein Tag sei, beruht auf einer gesetzlichen Regel, sowie der Schalttag selbst auf einer gesetzlichen Einrichtung. Bei jedem Gesetze nun, welches einen Zeitraum vorschreibt, muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Anwendung seiner Vorschrift mit Berücksichtigung aller übrigen Gesetze, also auch des Gesetzes über den Schalttag, gewollt hat. Dasselbe ist anzunehmen, wenn der Richter eine Frist bestimmt, da er ein Organ der Staatsgewalt, seine Handlung also eine Staatshandlung ist. Dieses ist mithin auch auf alle gesetzlichen und richterlichen Proceßfristen anzuwenden, so daß die zehntägige Appellationsfrist durch den einfallenden Schalttag auf 11 Tage verlängert wird [327]). Nur bei den in Wochen ausgedrückten Fristen muß es anders gehalten werden, da die Wochenrechnung ganz außer dem Kalender liegt, mithin auch von dem Schalttage nicht berührt wird. Wer also eine Frist in Wochen vor-

---

325) Alciatus in L. 98. de V. S. Lauterbach XLIV. 3. §. 4. Voet, XLIV. 3. §. 2. Bynkershoeck, Obs. IV. 8. Glück, Erl. der Pand. Bd. 3, S. 526.

326) Bynkershöck sucht diesen Einwand auf nicht befriedigende Weise dadurch zu beseitigen, daß er meint, die 30 Tage der 12 Tafeln könnten wohl auch collectiv als Ein Monat gedacht werden; dies gilt ja aber ebensogut von den 30 Tagen im letzten Falle der L. 2. D. 44. 3., erklärt also nicht den Unterschied.

327) Vgl. Savigny Bd. 4, S. 470 flg. Diese Anwendung wird von Manchen, z. B. Glück Bd. 3, S. 580, 581, N. 97. Koch S. 43, gerade am Bestimmtesten verneint, aber ohne besonderen Grund. Eine Analogie giebt das tempus iudicati, welches ja auch eine gesetzliche Proceßfrist, wenigstens im heutigen Sinne, ist.

schreibt, denkt dabei nur an den wiederkehrenden gleichnamigen Wochentag, auf welchen ein Schalttag ganz ohne Einfluß ist. Ganz anders verhält es sich bei einer durch Vertrag in einer Zahl von Tagen bestimmten Frist, wobei alles auf die Auslegung des wahrscheinlichen Willens ankommt. Sind nun hier 30 Tage festgesetzt, so ist aber nur diese Anzahl von Tagen als von ihnen gewollt anzunehmen, indem kein Grund zu der Annahme vorhanden ist, daß sie an den einfallenden Schalttag gedacht und zugleich die Rechtsregel gekannt haben, welche den Schalttag als nicht vorhanden ansieht. Haben sie dagegen den Zeitraum in Jahren ausgedrückt, so dachten sie ohne Zweifel an den wiederkehrenden Kalendertag eines folgenden Jahres, so daß dann der Zeitraum von selbst durch den einfallenden Schalttag verlängert wird. — Noch ist die Behandlung des Schalttages für die Fälle zu bestimmen, wo derselbe mit den Grenzpunkten eines Zeitraumes in Berührung kommt. 1) Fällt der Anfang des Zeitraumes in den 24. Februar eines Gemeinjahres, das Ende aber in ein Schaltjahr, so liegt der Endpunkt in dem 24. Februar [328]). 2) Fällt der Anfang eines Zeitraumes in den 25. Februar eines Schaltjahres, also auf den Schalttag, und das Ende fällt: a) in ein Gemeinjahr, so liegt der Endpunkt im 24. Februar; b) fällt das Ende wieder in ein Schaltjahr, so liegt der Endpunkt im 25. Februar, also wieder im Schalttage. 3) Fällt der Anfang in einen Schalttag, so liegt der Endpunkt: a) in einem gemeinen Jahre in dem 24. Februar, weil es ganz ebenso zu betrachten ist, als wäre der Anfang mit dem 24. Februar eingetreten, da der Schalttag, der 25. Februar mit dem vorhergehenden bürgerlichen Tage als Ein Tag gilt. b) In einem Schaltjahre liegt der Endpunkt wieder im Schalttage, also im 25. Februar. — Das Zusammentreffen des Schalttages mit dem utile tempus kann zu keiner Schwierigkeit führen. Denn das Wesen des utile tempus besteht nur darin, daß diejenigen Tage, worin das Handeln gehindert war, nicht als versäumte Tage angerechnet werden sollen. Fällt nun die Verhinderung in einen Schalttag, so wird auch dieser nicht angerechnet; aber die Wirkung des utile tempus ist nicht fühlbar, indem ohnehin der Zeitraum um den einfallenden Schalttag erweitert wird, so daß, mit und ohne Verhinderung an diesem Tage, die Rechnung immer dieselbe bleibt. — Nach der Behauptung Mancher sollen die hier aufgestellten Regeln im heutigen Rechte gar nicht, oder doch

328) Dieses Stück der hier aufgestellten Regeln ist ausdrücklich anerkannt in L. 98. pr. D. 50. 16.: „quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, cum bisextum Kalendis est, priorem diem natalem habet." Wer freilich den dies posterior des bisextum, den Schalttag, wie Savigny und Andere, auf den 24. Februar verlegt, kommt zu dem Resultate, daß der dies prior des bisextum in dieser Stelle der 25. Februar, der auf den Schalttag folgende Tag sei, stellt mithin als Regel auf: wenn der Anfang des Zeitraums in den 24. Februar eines Gemeinjahres, das Ende aber in ein Schaltjahr fällt, so liegt der Endpunkt in dem 25. Februar, in dem auf den Schalttag folgenden Tage.

Digitized by Google

nur auf beschränkte Weise anwendbar sein, weil in unseren gedruckten Kalendern der Schalttag mit einer eigenen Zahl bezeichnet, mithin als ein besonderer Tag anerkannt sei [329]). Schon früher wurde bemerkt, daß dieser Umstand gleichgiltig und dem Wesen des Kalenders fremd sei. Jene Meinung beruht wohl auch auf der Voraussetzung, daß die ganze Sache eine sogenannte römische Subtilität sei, von welcher man sich befreien müsse. Jene Regeln sind aber vielmehr die consequente Folge der Einschaltung, welche wir von den Römern angenommen haben, auch gar nicht entbehren können; indem es nur gleichgiltig ist, daß sie gerade im Februar, anstatt in irgend einem anderen Monat, angebracht wird. Wollte man nun jene juristische Behandlung des Schalttages aufgeben, so würde man, anstatt von einer Subtilität frei zu werden, vielmehr in große Verwirrung gerathen. Der Ablauf einer dreißigjährigen Klagenverjährung wäre nicht, wie es jetzt ebenso richtig als bequem geschieht, nach dem bloßen Kalendertage des Anfangs zu bestimmen, sondern es müßten immer mehrere Tage abgerechnet werden, nach Verschiedenheit der Fälle bald 7, bald 8 Tage, weil in der That um soviel früher die dreißigmal 365 Tage vollendet sind. — Von den neueren Gesetzgebungen stimmt das allgemeine preußische Landrecht mit den hier gedachten allgemeinen Grundsätzen überein. Dasselbe sagt von der dreißigjährigen Verjährung durch Nichtgebrauch (Th. I. Tit. 9. §. 548): „Durch die bei Schalttagen hinzutretenden Tage wird die Verjährungszeit nicht geändert"; d. h. der Ablauf der Verjährung soll nach dem Datum des Anfangs bestimmt werden, nicht um 7 oder 8 Tage früher wegen der einfallenden Schalttage; oder mit anderen Worten: die Schalttage gelten nicht als Zeiträume. Dann sagt der §. 549, die Verjährung, welche in einem Schaltjahre mit dem 29. Februar anfange, endige stets mit dem letzten Februar (also nach dreißig Jahren mit dem 28. Februar, weil dieses kein Schaltjahr sein kann). Uebereinstimmend mit dieser letzten Vorschrift sagt eine andere Stelle (Th. II. Tit. 8. §. 859), der am 29. Februar eines Schaltjahres ausgestellte, auf Jahre lautende Wechsel sei in einem Gemeinjahre am 28. Februar verfallen. Mit der letzten Bestimmung stimmt auch die allgemeine teutsche Wechselordnung überein, wenn sie im Art. 32 verordnet: „bei Wechseln, welche mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist nach Sicht oder nach Dato zahlbar sind, tritt die Verfallzeit ein: .... 2) wenn die Frist nach Wochen, Monaten, oder einem, mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, an demjenigen Tage der Zahlungswoche oder des Zahlungsmonates, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation entspricht; fehlt dieser Tag in dem Zahlungsmonate, so tritt die Verfallzeit am letzten Tage des Zahlungsmonates ein." Hier ist nicht nur der Fall berück-

329) Westphal, Arten der Sachen S. 469.

sichtigt, wenn ein am 31. März ausgestellter Wechsel ein halbes Jahr nach dato zahlbar sein soll, welchenfalls die Verfallzeit am 30. September eintritt; sondern es ist auch der Fall berücksichtigt, wenn ein am 29. Februar eines Schaltjahres ausgestellter Wechsel Ein Jahr nach dato zahlbar sein soll, welchenfalls die Verfallzeit mit dem 28. Februar des nächsten Jahres eintritt. In den beiden letzten Bestimmungen des preußischen Landrechtes, sowie in der der teutschen Wechselordnung liegt die deutliche Anerkennung, daß, wo ein Schalttag in Betracht kommt, die Identität der Tage nicht durch die in unseren gedruckten Kalendern beigefügten Zahlen bestimmt werde. Im französischen Civilgesetzbuche hat dieser Gegenstand folgende Wendung genommen. Ursprünglich lautete der Text so: Art. 2260. „La prescription se compte par jours, et non par heures. Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.“ Art. 2261. „Dans les prescriptions, qui s'accomplissent dans un certain nombre de jours, les jours complémentaires sont comptés. Dans celles qui s'accomplissent par mois, celui de fructidor comprend les jours complémentaires.“ Ueber den Schalttag war hier nichts gesagt; der Art. 2261 betrifft die fünf Ergänzungstage des republikanischen Kalenders von 1793, welche mit dem Schalttage nichts gemein hatten, da sie nur dazu dienten, die zwölf Monate von 30 Tagen mit dem Jahre von 365 Tagen auszugleichen, während der Schalttag zur Ausgleichung dieses Jahres mit dem Sonnenjahre bestimmt ist. Durch ein Senatusconsult wurde mit dem 1. Januar 1806 der Gregorianische Kalender wieder eingeführt und nun hatte der Art. 2261 alle Bedeutung verloren. Das Gesetz vom 3. September 1807 gab dem bisherigen Code civil den Namen Code Napoléon, und nahm zugleich eine Anzahl einzelner Abänderungen darin vor. Unter diese Abänderungen gehörte auch die Weglassung des Art. 2261. Damit aber die Zahlenreihe nicht gestört würde, machte man den zweiten Satz des alten Art. 2260 zu einem besonderen Art. 2261, und dieses ist seitdem die Gestalt der angeführten Bestimmungen geblieben, so daß jetzt über den Schalttag nicht einmal eine scheinbare Vorschrift zu finden ist. Maleville, welcher während der alten Gestalt des Code schrieb, hält den alten Art. 2261 auch auf den Schalttag für anwendbar, wodurch also hier die Meinung vieler Civilisten, nach welcher zwischen Jahren und Tagen unterschieden werden soll, für Frankreich eine Bestätigung erhalten würde [330]). Er bekennt jedoch, daß nach sehr bedeutenden Auctoritäten (Dunod und Cujas) vielmehr zwischen gesetzlichen und vertragsmäßigen Zeiträumen unterschieden werden müsse. Seitdem ist

330) Maleville, Analyse raisonnée T. IV. p. 391. der zweiten Ausgabe; diese erschien 1807, nach der Herstellung des Gregorianischen Kalenders, aber vor dem Gesetze vom 3. September 1807, welches man damals nicht voraussehen konnte. Damals hatte die Meinung den guten Grund für sich, daß dadurch der alte Art. 2261, wenn er blieb, einige praktische Bedeutung behalten würde.

Digitized by Google

durch Weglassung des alten Art. 2261 auch der Schein verschwunden, welcher daraus für jene Meinung entstehen konnte. Heimbach sen.

Zeugen [1]) (testes) sind Personen, welche entweder dazu ernannt sind, um in Rücksicht einer Thatsache, von welcher die Entscheidung eines Rechtsstreites abhängt, auszusagen, was sie von jener, als factisches Verhältniß, oder als Ereigniß, mit ihren äußeren physischen Sinnen wahrgenommen haben, oder welche dazu erfordert werden, um von einem gewissen Vorgange Wissenschaft zu erhalten und zugleich durch ihre Gegenwart einem Geschäfte die gesetzliche Form und Giltigkeit zu verleihen [2]). Hiernach sind die Zeugen entweder Beweiszeugen, auch gerichtliche Zeugen genannt, oder Instruments- und Solennitätszeugen, deren Gegenwart nicht blos zum Beweise, sondern auch zur Form gewisser Geschäfte von den Gesetzen erfordert wird. Beide Arten unterscheiden sich auf mancherlei Weise: 1) Instruments- und Solennitätszeugen werden bei Errichtung eines Rechtsgeschäftes zu dem Zwecke zugezogen, daß sie wissen sollen, was vorgeht, um nicht nur durch ihr Zeugniß dem Geschäfte Glauben, sondern auch demselben durch ihre Gegenwart die gesetzliche Form zu verschaffen. Bloße gerichtliche Beweiszeugen werden zu dem Zwecke ernannt, um von ihnen zu erfahren, ob und was sie von der streitigen Thatsache wissen. 2) Solennitätszeugen müssen zur Gegenwart bei dem Geschäfte erbeten sein [3]); ein Zwang findet bei ihnen nicht statt, so daß, wenn er angewendet worden ist, das Geschäft deshalb sogar ungiltig ist [4]). Die gerichtlichen Beweiszeugen brauchen aber blos ernannt zu werden [5]), und dürfen in

---

1) 1) Quellen. a) Römisches Recht: Dig. lib. 20. tit. 5. Cod. lib. 4. tit. 20. Nov. 90. b) Kanonisches Recht: Decretal. lib. 2. tit. 20. 21. Lib. Sext. lib. 2. tit. 10. Clement. lib. 2. tit. 8. 2) Literatur. Unter den römischen Juristen hat Aurelius Arcadius Charisius einen liber singularis de testibus geschrieben, aus welchem in dem Titel der Digesten de testibus (22. 5.) mehrere Fragmente aufgenommen sind, nämlich L. 1. 21. und 25. Unter den Schriften der neueren Juristen sind zu nennen: Glück, Erl. der Pand. Bd. 22, S. 128 flg. Schneider, Lehre vom rechtlichen Beweise S. 71 flg. Gesterding, Nachforschungen Bd. 1, S. 161 flg. Bd. 4, S. 83 flg., die Proceßlehrbücher und Handbücher, sowie einzelne in Zeitschriften zerstreute Abhandlungen. Ueber das römische Recht: Heffter, Civilproceßrecht §. 238 flg. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 3, §. 133, 148. Ueber das ältere teutsche Recht: Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. 1, §. 78. Bd 2, §. 382. Bd. 3, §. 461. Planck, das Recht zur Beweisführung in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 10, H. 2. Derselbe, die Lehre vom Beweisurtheil S. 40, 62. Hänel, das Beweissystem des Sachsensp. S. 43 flg.

2) Von dem von Reinhardt, Handbuch des gem. teutschen Processes Bd. 1, §. 161 in den Begriff eines Zeugen aufgenommenen Merkmale, daß das sinnlich Wahrgenommene nicht eine eigene Thathandlung des Wahrnehmenden sein dürfe, wird später die Rede sein. Vgl. darüber Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 3, S. 189.

3) L. 21. §. 2. D. 28. 1. Nov. 90. cap. 2.

4) L. 20. §. 10. D. 28. 1.

5) L. 11. D. 22. 5.

Digitized by Google

der Regel die Ablegung eines Zeugnisses in der Sache nicht verweigern[6]). 3) Als Beweiszeugen gelten auch Frauenspersonen[7]) und gerichtlich erklärte Verschwender, nicht aber als Solennitätszeugen[8]). 4) Die Beweiszeugen müssen beeidigt werden, wenn ihrer Aussage im Gericht Glaube beigemessen werden soll[9]). Bei Instrumentszeugen ist dieses in der Regel nicht der Fall, so lange nicht über die Echtheit der Urkunde, welche sie unterschrieben haben, Streit entsteht. 5) Die Solennitätszeugen können oft einen sehr nahen Antheil an dem Geschäfte haben, bei welchem sie zugezogen werden, z. B. der Legatar als Testamentszeuge[10]); überhaupt können hier manche als Zeugen gelten, welche als Beweiszeugen nicht zulässig sind, z. B. der emancipirte Sohn bei dem Testamente seines Vaters. 6) Gerichtliche Beweiszeugen müssen zu der Zeit tüchtig sein, zu welcher sie vor Gericht Zeugniß ablegen sollen[11]). Bei Instruments- und Solennitätszeugen hingegen wird deren Tüchtigkeit nach der Zeit, zu welcher das Geschäft vorgenommen wurde, beurtheilt; waren sie damals tüchtig, so schadet eine später eingetretene Unfähigkeit derselben nichts[12]). 7) Als Beweiszeugen genügen in der Regel schon zwei[13]); aber zur Form eines Geschäftes werden gewöhnlich mehr als zwei Zeugen verlangt, insbesondre bei letztwilligen Verordnungen. 8) Gerichtliche Beweiszeugen müssen vernommen werden; Instrumentszeugen aber legen schon durch ihre Unterschrift ein Zeugniß ab[14]), daher es nur der Anerkennung der Unterschrift oder des Beweises des Echtheit derselben bedarf. Die im älteren teutschen Rechte häufig vorkommenden Urkundenzeugen, welche Urkunden durch ihre Unterschrift oder, da damals die Wenigsten des Schreibens kundig waren, gewöhnlich durch Untersiegelung mit ihrem Siegel beglaubigten, wurden wesentlich des Beweises wegen zugezogen, um die Abschwörung der Urkunde durch denjenigen, welcher sich darin zu etwas verbindlich gemacht hatte, zu verhindern. — In Folgendem betrachten wir zuvörderst die Bedeu-

---

6) L. 16. C. IV. 20. Decretal. lib. 2. tit. 21.

7) Das römische Recht läßt sie als Beweiszeugen zu. Nach dem kanonischen Rechte hat der durch Frauenspersonen geführte Beweis überall keine Kraft. Can. 17. 19. C. 33. Qu. 5. cap. 10. X. de V. S., wo der Grund angeführt wird: „nam varium et mutabile testimonium femina semper producit.“ Nur dann sind Frauenspersonen als Zeugen zu vernehmen, wenn sie an dem Verbrechen eines Geistlichen Theil genommen haben, oder wenn eine vorgebliche Irregularität eines Geistlichen bewiesen werden soll. Cap. 3. 33. X. II. 20. Der Gerichtsgebrauch folgt aber dem römischen Rechte.

8) §. 8. Inst. II. 10. L. 18. pr. L. 20. §. 6. D. 28. 1.

9) L. 9. C. IV. 20. Cap. 23. 51. X. II. 20.

10) §. 11. Inst. II. 10. L. 20. pr. D. 28. 1.

11) L. 3. §. 5. D. 37. 10. L. 11. C. IV. 20. Cap. 10. X. de V. S.

12) L. 22. §. 1. D. 28. 1.

13) L. 12. D. 22. 5.

14) L. 17. C. IV. 2., wo gesagt wird: chirographum per testium subscriptiones testimonium capere. In L. 3. C. VI. 33. werden die Unterschriften der Testamentszeugen depositiones testium genannt.

Digitized by Google

tung der Gezeugen im älteren teutschen Gerichtsverfahren und gehen dann zu dem noch geltenden Rechte, dessen Grundlage das römische und kanonische Recht bildet, über.

A. Geschichtliche Vorerinnerung über die Stellung der Gezeugen im älteren teutschen Gerichtsverfahren[15]).

Das Hauptbeweismittel im älteren teutschen Processe war der eigene Eid der Partei. Das charakteristische Merkmal dieses Beweismittels im Processe des Sachsenspiegels (bei welchem Rechtsbuche, als dem wichtigsten, wir stehen bleiben) besteht darin, daß, wie die Behauptungen der Parteien sich überall zu einem Urtheil concentriren, so auch der Eid unmittelbar über ein Urtheil geschworen wird. Der Beweissatz bei dem Eide enthält das gesprochene Urtheil der Partei einheitlich und nicht zerlegt in seine einzelnen Factoren. Natürlich kann dieser Charakter dann nicht zu anschaulicher Geltung gelangen, wenn es sich um den Einfluß einer einzelnen Thatsache auf ein Rechtsverhältniß handelt. Significanter wird schon seine Erscheinung, wo es sich um zusammengesetzte Thatsachen handelt, welche das Anlegen eines juristischen Maßstabes erfordern[16]). Im hellsten Lichte erscheint aber die Eigenthümlichkeit des Eides da, wo es sich recht eigentlich um die Behauptung oder Verneinung eines Rechtes als solchen handelt und wo zugleich die solennen Eidesformeln erhalten sind[17]). Mag nun in diesen Formeln

---

15) Vgl. besonders Hänel, das Beweissystem des Sachsensp. S. 30 flg., 43 flg.

16) So, wenn der auf Entschädigung Verklagte beschwört: „dat it ane sine schult geschin si." Sachsensp. III, 5, §. 3. Rechtsb. nach Distinct. IV, Cap. 42, dist. 17. „dat he't notweringe dede." Sachsensp. II, 62, §. 2. Goslar. Stat. S. 43, Z. 31. Dist. II, Cap. 9, dist. 3. „daz is ane sinen dang unde anen sinen rad geschen sy." Dist. IV, Cap. 4, dist. 10. Andere Beispiele bei Hänel S. 31.

17) Hier schwört der um Schuld Beklagte einfach: „der schulde, die N zeihet oder schult gibet, der sey er unschuldig" Richtst. Cap. 8. Goslar. Stat. S. 78, Z. 27, 30, oder er beschwört seine Zahlung mit der Formel: „Als Jacoff eine sune zu mir geklagt hat umb 20 fl., dy sune hab ich gehaldenn und hab ym 20 fl. vergulden" Weichbild (Thüngen) A. 355. „Daz ich N., der do stet, dy schuld vergulden hab und nenet das geld, dorumme her mich beclaget hat" Leobsch. Stat. Böhme, dipl. Beitr. II, S. 11. Nicht specieller und thatsächlicher lauten die Worte, wenn der Kläger ausnahmsweise zum Schwur über seine Forderung gelangt: „daß N, der tod ist, mir N schuldig ist eine mark" Leobsch. Stat. a. a. O. S. 16. „Daz N, der do stet, mir N schuldig ist lones am gebewd eynen virdung oder jorlones einen halben" oder „daz N, der do stet, mir N schuldig ist einen halben virdung weingeldes mit bechern vorgetragen aber byrgeldes dryczen halb pfenning mit bechern vorgetragen" Leobsch. Stat. a. a. O. S. 15. Sehr bekannt ist auch die höchst allgemeine Fassung des Eides bei der Vindication beweglicher Sachen, welche sich so oft und im wesentlichen immer übereinstimmend in den Quellen findet: „de he daz gut aller nuweliſten sehe, daz is do sin were unde noch sin sy" Dist. IV, Cap. 42, dist. 3, 25. Goslar. Stat. S. 98, Z. 19. Schöffenurtheile, Böhme Beitr. Bd. VI, S. 107, 124. Culm. Recht III, Art. 130, 133.

Digitized by Google

ein thatsächliches Moment mehr oder weniger sich hervorgehoben finden, so liegt ihnen doch unverkennbar das Princip zu Grunde, daß der Eid nicht über einzelne rechtsbegründende Thatsachen geschworen wird, sondern daß er einheitlich das Recht, d. i. das positive oder negative Urtheil der Partei enthält. Das Urtheil der Partei ist es mithin, was nach der Ableistung des Eides für wahr gilt, und diese Anerkennung der Wahrheit kann keinen anderen Sinn haben, als den, daß das Urtheil durch den geleisteten Eid zum entscheidenden wird. Dieses Princip gab die ganze Entscheidung der streitigen Sache dem Gewissen der Partei anheim. Es hatte keine andere Grundlage, als das festeste Vertrauen auf die sittliche Würde und Ehrenhaftigkeit des Mannes. Dagegen legte man aber auch den strengsten Maßstab an diesen Eid: „denn in welchem eid nicht wahrheit, redlichkeit und gerechtigkeit, das ist kein eid, sondern ein meineid“ [18]). Man fühlte die Nothwendigkeit, auch von Seiten des Rechtes dem Eide gewisse bestimmtere Grenzen zu ziehen, und stellte so bestimmte Erfordernisse desselben auf. So findet bei der Eidesleistung, selbst wenn die Partei, wie Frauen, mit einem Vormunde klagt, keine Stellvertretung statt [19]). Nur für Mündel unter ihren Jahren schwört der Vormund [20]). Bedeutsamer ist schon der strenge Formalismus, welchen man bei der Ableistung des Eides beobachtete. Die Formel des Eides, das Vorsprechen durch den Staber und das Nachsprechen der Partei, das Stehen oder Knieen des Schwörenden, das Auflegen der Finger und jeder kleinere Umstand war genau bestimmt [21]). Dieses alles sollte das Bewußtsein der Heiligkeit des Eides schärfen, das schlechte Gewissen erkenntlich machen. Daher verlor derjenige, welcher bei der Eidesleistung zum vierten Male sich eine Regelwidrigkeit zu Schulden kommen ließ, den Eid und den Proceß [22]), und

---

Weichbild (Wollrab) 134. „Das her das pferd von jugend gezogen habe und das is noch sin si“ Schöffenurth. Böhme a. a. O. S. 99. Culm. Recht III, Art. 129. Vgl. Goslar. Stat. S. 68, Z. 11. Aber eben dieselbe Formel des Eides wird auch vorgeschrieben für die Ansprache unbeweglicher Sachen. „Ihr sollt wissen, wo man eyd thun soll, die sol man thun nach der klage, ob man an den rechten vollkommen wil: zu einem gleichnis (ob es um erb ist) in solcher form: das erb, das P. angesprochen hat, das hab ich von N. gekauft oder das hat mir P. gegeben oder ist mich angestorben von meinem Vater erblich zu besitzen und (l. oder) hat mir das gegeben vor Richter und Schöppen, die nach der gabe gestorben seynd“ Glosse z. Weichbild Art. 96. „Dat dit hus aber dit ghelt (wat he daran heft seal he benomen) min erve is und in mine wer komen is, als ek des to rechte gheneten seal“ Goslar. Stat. S. 26, Z. 1. Dist. I, Cap. 42, d. 4. Vgl. Goslar. Stat. S. 25, Z. 33 und Dist. a. a. O. d. 3.

18) Glosse z. Sachsensp. Art. 34. Offenbar sind hier die drei comites iurisiurandi des kanonischen Rechtes gemeint.

19) Goslar. Stat. S. 33, Z. 2.

20) Gosl. Stat. S. 17, Z. 35. Magdeb. Fragen I, Cap. 8, dist. 1.

21) S. Lehnr. Cap. 66, §. 2. Richtst. Lehnr. Cap. 12, §. 4. Richtst. Landr. Cap. 32b, Cap. 35.

22) Dist. IV, Cap. 42, d. 11. Leobsch. Stat. Böhme a. a. O. S. 25.

Digitized by Google

nur die Frauen wurden nachsichtiger behandelt[23]). Daher hat selbst nach den Statuten, welche die Eidesleistung auch in Abwesenheit der Gegenpartei verlangen, diese Gegenpartei doch ein Recht darauf, daß die Eidesleistung in ihrer Gegenwart geschehe, und die Eidesleistung wird aufgeschoben, wenn sie für den bestimmten Termin echte Noth anmeldet[24]), da der Nachweis der Regelwidrigkeit der Eidesleistung ihr die einzige Möglichkeit eines Gegenbeweises ist. Das wichtigste Erforderniß des Eides aber, welches freilich wieder nur ein inneres Moment bildet, stellt den Grundsatz auf, daß man nur dasjenige, was man in und an sich selbst durch sichere und unmittelbare Ueberzeugung erfahren hat, beschwören darf. Jeder Eid ist nur ein Wissenseid[25]). Die vornehmste Anwendung dieses Grundsatzes besteht darin, daß der Sachsenspiegel und mehrere der von ihm abhängigen Quellen dem Erben des Schuldners schlechthin die Befugniß versagen, die Schuld seines Erblassers abzuschwören[26]): „Denn es ist recht möglich, das er von der schuld nicht wisse, die sein vorfaren gemacht hat“[27]). Nur wenn der Gläubiger den Erben ausdrücklich der Wissenschaft um die Schuld beschuldigt, kann dieser zum Eide gelangen[28]). Aber der Eid richtet sich hier auch lediglich auf den Umstand, ob er von der Schuld wisse oder nicht. Er erscheint daher mehr als ein Gefährdeeid, welcher den Beklagten zum Geständnisse bewegen soll, aber freilich zugleich in der Hauptsache entscheidet. Denn hat sich einmal der Kläger seines Beweisrechtes durch jene Anschuldigung begeben und schwört der Beklagte seine Wissenschaft ab, so darf jener nicht etwa zu seinem Beweisrechte zurückgreifen, sondern die Sache ist zu seinem Nachtheile endgiltig entschieden[29]). Milder, dem Erben gegenüber, sind die anderen dem Sachsenspiegel verwandten Rechtsquellen. Schon das Lehnrecht[30]) gestattet dem Sohne, das Gewedde, welches dem Herrn auf seines Vaters Gute ertheilt wurde, mit seinem Eide zu entreden. Und die Goslar. Statuten und mit ihnen die Distinctionen[31]) bestimmen: „Uppe wen en erve irsterft de unse börghere nicht ne is, de scal — der scult sic untschuldigen alse recht is.“ Aber wenn es in den Goslar. Statuten[32]) weiter heißt:

---

23) Dist. a. a. O. d. 13.

24) Gosl. Stat. S. 79, Z. 8, 21.

25) „Denn der schweret nicht redlich, der da schweret, das er nicht weis.“ Gl. Sachsensp. II, Art. 34. — „Und wer denn in zweiffel schwert, der schwert ein maineid.“ Gl. Weichb. Art. 67.

26) Sachsensp. I, 6, §. 2. Richtst. Cap. 10. Görlitz. Landr. Cap. 46, §. 9 d.

27) Gl. z. Sachsensp. III, Art. 31.

28) Sachsensp. I, 6, §. 3.

29) Magdeb. Fragen II, Cap. 3, d. 3.

30) Lehnr. Cap. 45, §. 2.

31) Gosl. Stat. S. 7, Z. 18. Dist. I, Cap. 17, d. 10. Vgl. Gosl. Stat. S. 5, Z. 22. Dist. I, Cap. 17, d. 5. Magdeb. Fragen I, Cap. 11, d. 1.

32) Gosl. Stat. S. 7, Z. 11.

Digitized by Go

„Were aver de dode schult schuldig gebleven, de den erven unwitlik were unde dar de erven nicht vore sweren enwelden, de schult möchte de kleghere behulden sülf dridde unbesprokener lüde to den hilgen," so ergiebt sich daraus, daß man immerhin an dem Erforderniſſe eines Wiſſenseides festhielt, und daß man es nur dem Gewiſſen des Erben anheim gab, ob er sich zu einem solchen entschließen dürfe oder nicht [33]). Wie diese theils äußerlichen, theils inneren Erfordernisse des Eides demselben gewisse Schranken setzten, so bildet dieser ferner auch für die Partei, welcher er zuertheilt wurde, eine strenge Verpflichtung. Bis zu dem Augenblicke der Zuerkennung des Eides standen sich die Behauptungen, die Urtheile beider Parteien als vollkommen gleichberechtigt gegenüber. Erst der Eid soll dem einen Urtheile den Sieg über das andere gewähren, indem er jenem die entscheidende Kraft verleiht; er ist aber auch Bedingung dieses Sieges. Denn wenn die Partei, welcher der Eid zuerkannt ist, diesen nicht leistet, so kann sie nicht allein die erforderliche Garantie ihrer Wahrhaftigkeit nicht erbringen, sondern es liegt darin auch ein Aufgeben ihres eigenen Urtheiles gegenüber dem entgegengesetzten des Gegners, da der Eid in feierlicher Weise nur ihr gesprochenes Wort wiederholt. Das Urtheil des Gegners muß also in solchem Falle zur vollen Wirkung gelangen, und zwar auch ohne weitere Gewähr, da ihm ein Gegner nicht mehr vorhanden ist. Aus diesem Gesichtspunkte erklären sich die Bestimmungen des Ungehorsams bei der Eidesleistung [34]). Ja es entsteht durch die Zuertheilung des Eides, falls dessen Leistung für einen späteren Termin gelobt wird, ein selbstständiges obligatorisches Recht des Gegners auf diese Leistung, welches nicht mehr nach den processualischen Regeln über den Eid beurtheilt wird. Denn während dieser regelmäßig weder von Erben, noch von Dritten geschworen werden kann, so verpflichtet doch jenes von der Partei gegebene Versprechen sowohl die Erben, als die etwaigen Bürgen. Diese müssen den gelobten Wissenseid schwören oder sie müssen zahlen [35]). Auf der anderen Seite kann natürlich auch der Gegner der beweisenden Partei sein entgegengesetztes Urtheil freiwillig aufgeben. Dies geschieht in der prägnantesten Weise da, wo er den Eid der Partei erläßt, indem er damit eben ausspricht, daß ihm gegenüber das Urtheil der Partei keiner weiteren Garantie bedürfe [36]). Es ist aber ferner natürlich, daß

33) Ebenso sind auch die Bestimmungen der Magdeb. Fragen II, Cap. 3, d. 1—3 zu verstehen, welche bei Schuld nach todter Hand regelmäßig dem Kläger den Eid zuerkennen, und nur, wenn sich der Erbe dazu erbietet, dessen Eid selbsieben gestatten. Vgl. besonders Magdeb. Fragen II, Cap. 2, d. 11.

34) Es bestimmt nämlich der Sachsenſp. II, 11, §. 1: „Sve so aver eide lovet vor scult unde ne listet he ir nicht to rechter tiet, he is an der scult gewunnen, da die eide vore gelovet waren, it ne neme ime echte not, die man bewise." Vgl. Görl. Landr. Cap. 46. §. 5a. Dist. IV, Cap. 43, d. 9.

35) Sachsenſp. III, Art. 11. Dist. IV, Cap. 38, d. 2. Goslar. Stat. S. 6, Z. 21.

36) Daher sagt der Sachsenſp. II, 11, §. 2: „Is de man rede to lestene

Digitized by Google

man dann, wenn der Gegner ohne echte Noth im Eidestermin nicht erscheint, annimmt, er wolle sein Urtheil gegenüber der beweisenden Partei nicht aufrecht erhalten. Und so bestimmen denn der Sachsenspiegel und die Distinctionen[37]): der um Schuld Beklagte solle auch dann des Eides und der Schuld ledig sein, wenn der Kläger im Eidestermine nicht erscheint. Doch weichen die Goslar. Statuten[38]) von dieser strengen Ansicht ab und verlangen zur Befreiung von der Schuld die Eidesleistung auch im Falle der Abwesenheit des Klägers im Eidestermine. Mögen nun auch die gedachten Erfordernisse den Eid beschränken, die Leistung desselben sich als eine strenge Verpflichtung darstellen, immer bleibt es seine Tendenz, dem Urtheile der Partei diejenige Garantie hinzuzufügen, durch welche dasselbe seine entscheidende und siegende Kraft erhält. Und unter diesem Gesichtspunkte ist seine Erschwerung und die ihm entsprechende Pflicht doch immer nur eine Folge des Grundsatzes, daß er ein Recht, daß er das höchste Recht der Partei sei. — Der Eid hat nicht nur die Function eines Beweismittels zur Herbeiführung einer Entscheidung in streitigen Rechtssachen, sondern die Leichtigkeit und Beweglichkeit seiner Anwendung läßt einen Gebrauch desselben überall da zu, wo es im Processe oder bezüglich eines Processes der Ordnung, Sicherung oder bloßen Bescheinigung bedarf. Gerade das mündliche Verfahren vor Gericht bedarf mehr als jedes andere großer Präcision und strenger Ordnung. Die Verschleppung einer Sache von Tag zu Tag widerstrebt seinem Wesen. Jeder böswilligen oder leichtfertigen Handlung der Parteien, welche die Entscheidung verzögert oder nur erschwert, muß schnell gesteuert werden. Rührigkeit und guter Wille muß bei jedem Theilnehmer herrschen. Neben vielen drohenden Bußen und Gewetten giebt nun der Eid ein Zwangsmittel an die Hand, welches dieser Ordnung und Schnelligkeit des Processes durch Aufdeckung jeder böslichen Absicht förderlich sein soll. In dieser Anwendung kommt der Eid in sehr vielen Fällen vor. So schwört der aus dem Umstande Aufgerufene, daß er das gefragte Urtheil nicht finden könne[39]) — daß er zum Vorsprechen unfähig sein[40]) — die Partei, daß sie ihren rechten Vormund zur Klage nicht stellen könne[41]) — daß sie ihre Forderung nicht näher begründen könne[42]) — daß sie keinen Bürgen habe[43]) — daß sie bei dem Hereinziehen des Gewehren in den Vindications-

---

sinen eid, den he gelovet hevet, to rechter tiet, unde ne wel es jene nicht, oder n'is he dar nicht dar man ine dun sal, des eides sal he ledich sin unde der scult, dar he den eid vore lovete, of he des getüch hevet."

37) Sachsenssp. a. a. O. Dist. IV, Cap. 43, d. 6.
38) Gosl. Stat. S. 79, Z. 21. Vgl. ebd. Z. 8.
39) Sachsenssp. II, 9, §. 7.
40) Richtst. Cap. 2.
41) Sachsenssp. I, 48, §. 2.
42) Dist. III, Cap. 10, d. 1.
43) Dist. III, Cap. 15, d. 1.

Digitized by Google

proceß „ziehe zu rechter Zucht“ [44]) — daß sie die Wiederklage nicht aus Bosheit anstelle [45]) — der Bürge, daß er die Partei überall gesucht habe, um sie zu stellen [46]). Hierher gehört ferner, daß der Eid oft die Stelle einer Caution vertritt [47]). Endlich gehört hierher der nach dem Sachsenspiegel [48]) von dem Gegner des Beweisführers zu leistende Eid, welcher offenbar dazu dienen soll, diesen zum Geständnisse zu bringen, die Weitläufigkeit des Gezeugnisses wo möglich zu ersparen und so den Proceß schnell zu beenden [49]). In allen diesen und ähnlichen Fällen hat der Eid die Function des Gefährdeeides im weitesten Sinne. Diesem seiner Tendenz nach nahe verwandt ist eine andere Anwendung des Eides, welche sich andererseits wesentlich dadurch von ihm unterscheidet, daß die Gefährde nicht innerhalb eines laufenden Processes von der processualischen Handlungsweise fern gehalten werden soll. Vielmehr betrifft er solche Handlungen, welche, unter gewissen Umständen und doloser Weise vorgenommen, den Betheiligten an ihren materiellen Rechten einen widerrechtlichen Nachtheil bringen können, und er wird gerade deshalb von dem Handelnden gefordert und von ihm geleistet, um einen künftigen Proceß zu vermeiden und sofortige Sicherstellung zu gewähren. Hierher gehören unter anderen folgende Fälle: 1) Der Eigenthümer darf ohne Einwilligung der Erben Erbgut verkaufen, wenn er beschwört: „dat it ime liwes not do“ [50]); 2) die Frau darf ohne Einwilligung des Mannes ihr eingebrachtes Erbgut oder erworbenes Gut, und umgekehrt der Mann die Leibzucht der Frau verkaufen, wenn sie dem Gerichte anzeigen und beschwören: „das isz libes not sey“ [51]); 3) der Zinsmann darf sein Gut aufgeben, wenn er mit seinem Eide erhärtet: „dat he den tins nicht lang von armude ghewen möghe“ [52]); 4) die Erben können verlangen, daß ihr Erblasser, welcher ein Geständniß zum Nachtheil jener und zu Gunsten eines Dritten vor Gericht abgelegt hat, zugleich mit diesem Dritten beschwöre: „wur wore unde wur af dat were, unde dat der nen vrevel unde nen unrechte mede ne were“ [53]). Man könnte die so angewandten Eide als Gefährdeeide im Gebiete des materiellen Rechtes bezeichnen, da sie auch dazu dienen, eine etwaige widerrechtliche Absicht an den Tag zu bringen und dadurch die Betheiligten vor Benachtheiligung sicher zu

---

44) Sachsensp. II, 36, §. 5. Vgl. Magdeb. Fragen I, Cap. 13, d. 1.
45) Gosl. Stat. S. 74, Z. 12.
46) Gosl. Stat. S. 89, Z. 15.
47) Z. B. Gosl. Stat. S. 81, Z. 34. Dist. III, Cap. 13, d. 5.
48) Sachsensp. II, 22, §. 5.
49) So versteht diesen Eid auch die Glosse, indem sie ihn nur unter der Bedingung eintreten läßt: „hetteſtu ein ding gethan und wereſt so frevel, das du des nicht bekennen wollteſt.“
50) Gosl. Stat. S. 26, Z. 40. Magdeb. Fragen I, Cap. 12, d. 8.
51) Dist. I, Cap. 47, d. 9, 10.
52) Gosl. Stat. S. 22, Z. 39.
53) Gosl. Stat. S. 6, Z. 8.

Digitized by Google

ſtellen. Dieſe beiden Arten des Gefährdeeides fallen zwar im allgemeinen unter den Begriff der Beſcheinigung, wenn man unter dieſer überhaupt jede Gewähr für einen beſtrittenen Umſtand verſteht. Sie unterſcheiden ſich aber von der Beſcheinigung, wenn man dieſe in einem engeren Sinne nimmt, doch dadurch, daß ſie den Zweck der Ordnung und Sicherſtellung haben, und daß ſie nicht nothwendig einen Streit um Rechte oder überhaupt keinen förmlichen Proceß vorausſetzen. Die Beſcheinigung im engeren Sinne hingegen ſoll allerdings ein Recht oder eine rechtlich erhebliche Thatſache in einem Rechtsſtreite feſtſtellen; nur unterſcheidet ſie ſich dadurch von dem ſtrengen Beweiſe, daß der Gegner nicht direct widerſpricht und ſchlechthin verneint, ſondern nur zweifelt, nicht traut. Auch dieſes Beſcheinigungsmittel bildet der Eid. So beſchwört der Herr, daß er Eigenthümer des Leibeigenen ſei [54]) — der Schöffenbare ſeine Schöffenbarfreiheit [55]) — der Zeuge im Lehnrechte, daß er Lehnsmann des Herrn ſei und gehuldigt habe, „of he's (der Gegner) nicht getrûwen ne wel“ [56]) — das Kind, es ſei jetzt zu ſeinen Jahren gekommen, „of die Herre ok nicht getrûwen ne wel“ [57]). Hier tritt überall der alleinige Eid ein, während in denſelben Fällen, wenn ein ſtrenger Beweis erfordert würde, das Gezeugniß Statt finden müßte. Wenn nun auch der Eid in dieſen Anwendungen ſeiner innerſten Natur nach ein und derſelbe iſt, ſo weicht er doch in vielen Beziehungen von dem Eide, als ſtreng formellem Beweismittel, ab. Es iſt klar, daß hier der Eid, weil er nicht den Zweck hat, eine ſtreitige Rechtsſache zu definitiver Entſcheidung zu bringen, weil er nicht ein gleich berechtigtes und gleich beſtimmtes, entgegengeſetztes Urtheil zu überwinden hat, die am meiſten charakteriſtiſche Eigenſchaft des Beweismittels, wonach er ein Recht der Partei iſt, in den Hintergrund treten läßt. Vielmehr erſcheint er da, wo er ordnen und ſichern ſoll, als eine einfache Verpflichtung. Ferner iſt klar, daß dieſe Anwendungen des Eides nicht nach feſten und beſtimmbaren Regeln vor ſich gehen, ſondern daß für ſie nach Lage der Sache die Billigkeit und Nützlichkeit entſcheidet. — Bei dem Beweisverfahren kommen neben der Partei dritte Perſonen als thätig vor, deren zeugende Ausſagen zur Entſcheidung der ſtreitigen Sache beitragen. Man hat in ihnen bald Eideshelfer, bald Zeugen, bald eine Miſchung beider Elemente finden wollen. Beſchränkt man ſich auf den Sachſenſpiegel und die davon abhängigen Quellen und auf den bürgerlichen Proceß, und verſucht, das Inſtitut der Gezeugen des altſächſiſchen Civilproceſſes als eine Einheit zu erfaſſen und ſo deſſen rechtliche Natur zu beſtimmen, ſo ſind für dieſen Zweck zwei Fragen zu ſtellen: 1) welche ſelbſtſtändige Function haben die Gezeugen? 2) in welchem Verhältniſſe ſteht ihre

54) Sachſenſp. II, 19, §. 2.
55) Sachſenſp. III, 29, §. 1. Vgl. die Gloſſe z. Weichb. Art. 33.
56) S. Lehnr. Cap. 24, §. 6, Cap. 47, §. 1.
57) S. Lehnr. Cap. 26, §. 3.

Digitized by Google

Thätigkeit zu der Thätigkeit der beweisenden Partei? Die Beantwortung beider Fragen schließt sich am zweckmäßigsten an die Untersuchung über den Inhalt und über die Art und Weise desjenigen Eides an, welchen die Gezeugen zu leisten haben. Denn wie in dem Beweisverfahren die Behauptungen der Partei nur durch deren Eid, so erlangen auch die Aussagen der Zeugen nur durch Leistung ihres Eides irgend welche erhebliche Kraft[58]). Für diesen Gezeugeneid nun finden sich in dem den Sachsenspiegel umgebenden Quellenkreise drei verschiedene Formen ausgebildet. Die erste Form besteht darin, daß die Gezeugen, nachdem die Partei vor ihnen über den Beweissatz geschworen hat, lediglich die Glaubwürdigkeit dieses Eides beschwören. Die Formel des Eides lautet hier einfach: „Der eyt, den N. geswornhoth, der ist rein und unmein a. u. g. h. u. a. h." Diese Eidesart verbreitet sich über alle Theile des Rechtssystems[59]). Die zweite Form des Gezeugeneides behält dieselbe Reihenfolge der Eide bei. Auch hier beschwört zuvor die Partei das einheitliche Beweisthema, und dann erst schwören die Gezeugen, jedoch so, daß genau der Beweissatz der Partei den Inhalt auch ihres Eides bildet. Wenn daher die Partei geschworen hat: „Das erb, das P. angesprochen hat, das hat mir P. gegeben d. m. g. h. u. a. h.", so schwören die Gezeugen: „Die gab, die N. mit seinem eyd beweisent hat, die ist recht und redlich geschehn a. m. g. h. u. a. h."[60]); oder wenn der Beklagte bei der Ansprache eines Pferdes Selbsterziehung behauptet: „her sol sweren czuvor, das her das pferd von jugend geczogen habe und das is noch sin sei, und siner geczuge czwene sullin swerin, das in das wissentlich si, das her das pferd von jugend geczogin habe und das is sin sey"[61]), oder: „als Jacoff eyne sune zu mir geclagt hat umb 20 fl., die sune hab ich gehaldenn und hab ym 20 fl. vergulden. Und dann dy geczeugen, daß N. dy sune gehalden und N. 20 fl. an golde gegulden hat, das haben wir gehort und gesehenn"[62]). Die dritte Form des Gezeugeneides bietet der

---

58) „Von rechte sal kein geczug sin wen under geswornen eyden." Dist. IV, Cap. 47, d. 17.

59) Sie wird gewährt für die Vindication beweglicher Sachen in den Gosl. Stat. S. 98, Z. 19. Dist. IV, Cap. 42, d. 3; für die Vindication der Immobilien in der Glosse z. Weichb. Art. 96; für die Zahlung in den Leobsch. Stat. bei Böhme, dipl. Beitr. II, S. 11; für obligatorische Schädenansprüche in dem Falle, wenn nach einer besonderen Entwickelung des Beweisrechtes der Kläger zum Beweise seines Anspruches mit Gezeugen gelangt, in dem von Magdeburg an Görlitz mitgetheilten Rechte von 1304 Art. 139 (Gaupp, Hallisches und Magdeburg. Recht S. 319). Ganz allgemein endlich und, wie es scheint, als überall verwendbar stellen diese Formel auf die Magdeburg. Fragen III, Cap. 9, dist. 5.

60) Glosse z. Weichb. Art. 96.

61) Schöffenurth. bei Böhme a. a. O. VI, S. 99. Culm. Recht III, Art. 129.

62) Weichbild (Thüngen) Art. 355.

Digitized by Google

Sachsenspiegel[63]) selbst: „Suelkes getüges aver en man vor gerichte oder jegen dat gerichte vulkomen sal, it si umme gut oder umme gewere, dat sal sin getüch vore secgen bi deme eide unde he sal it selve na sveren." Bei dieser dritten Form des Gezeugeneides ist also die Reihenfolge der Eide eine umgekehrte; erst schwören die Zeugen und hierauf erst die Partei. Im übrigen jedoch ist man nach Analogie und nach Fassung der Stelle selbst zu der Annahme berechtigt, daß auch hier das Thema des Eides der Zeugen und der Partei dasselbe, und daß die Natur des Beweissatzes eine unveränderte sei. Der fragliche Artikel des Sachsenspiegels ist jedoch nicht allein ein späterer Zusatz, welcher sich weder in den älteren Handschriften findet, noch mit irgend einer Glosse versehen ist, sondern es ist auch gerade der angeführte Paragraph in keine andere verwandte Rechtsquelle übergegangen, namentlich nicht in das schlesische Landrecht von 1356, welches doch die unmittelbar vorhergehenden Paragraphen enthält[64]). I) Zieht man nun diese verschiedenen Arten des Verfahrens bei dem Gezeugeneide für die Beantwortung jener beiden Fragen in Betracht, so ergiebt sich zunächst für die erste Frage, daß die Stellung und Function der Gezeugen im Beweisverfahren eine genaue Analogie bilde zur Stellung der Parteien im processualischen Verfahren überhaupt. Auch die Gezeugen haben der Tendenz und dem Resultat nach nicht die Aufgabe, über einzelne thatsächliche Vorgänge Aussage zu thun, damit sie das Gericht noch objectiv von logischen Regeln für den Beweis und für seine entscheidende unparteiische Ueberzeugung benutzen könne. Vielmehr sprechen die Gezeugen selbst ein Urtheil, sei es nun zunächst über die Glaubwürdigkeit des Parteieides, sei es, daß ihr Eid sich richte auf das Beweisthema selbst, welches als ein einheitliches ein Urtheil enthält. Die Tendenz dieses Urtheils geht mittelbar oder unmittelbar dahin, über das Recht der beweisenden Partei eine Entscheidung zu bewirken und somit das entgegengesetzte Urtheil der Gegenpartei zu entkräften, zu überwinden. Aus diesem Charakter der Gezeugen gehen naturgemäß diejenigen Grundsätze hervor, welche über die Fähigkeit der Gezeugen im allgemeinen und über die Zulässigkeit des einzelnen Gezeugen im einzelnen Falle entscheiden. 1) Zunächst mußten diejenigen vom Gezeugniß natürlich ausgeschlossen werden, welchen ein reifes Urtheil fehlte. Daher waren Kinder „binnen ihren Jahren", Thoren und sinnlose Menschen unfähig[65]). 2) Wenn der Beweis mit Gezeugen eine höhere Garantie bieten sollte, als der Eid der Partei, so zog man selbstverständlich auch das eigene Interesse des Gezeugen an der Sache in Betracht und nahm hier eine Verdunkelung der Urtheilsfähigkeit durch dasselbe an. Daher waren erkaufte Zeugen unzulässig; ja sie bewirkten sogar den Verlust der Sache für den Käu-

63) Sachsensp. III, Art. 88, §. 5.
64) Gaupp, schlesisches Landrecht S. 192.
65) Goſl. Stat. S. 93, Z. 8. Dist. IV, Cap. 46, d. 12, 16.

Digitized by Google

fer[66]). Ebenso das Brodgesinde[67]), und regelmäßig auch Verwandte; doch werden von diesen nur Väter, Söhne und Brüder ausdrücklich erwähnt[68]). Ja es wurde schon dann ein den Gezeugen ausschließendes Interesse angenommen, wenn ein Mann sich ungefragt zum Gezeugniß erbot[69]). 3) Weil ferner ein mittelbares oder unmittelbares Urtheil über ein Recht, welches in einer gewissen Rechtsgenossenschaft Geltung haben sollte, nur demjenigen zugeschrieben werden konnte, welcher selbst in dieser Genossenschaft lebte, und weil der Gegner des Beweisführers fordern durfte, daß seine entgegenstehende Behauptung nicht dem Urtheil eines solchen weichen müsse, welcher ihm an rechtlichem Werthe und öffentlicher Stellung ungleich war, so gelangte man zu dem Grundsatze, daß über Rechte, welche zu einer bestimmten rechtlichen Genossenschaft in genauer Beziehung standen, nur der vollkommene Theilhaber an dieser Gezeugniß ablegen konnte[70]). Daher zeugten im Lehngerichte in Bezug auf lehnrechtliche Verhältnisse[71]) nur Mannen des richtenden Herrn, welche ihm gehuldigt hatten und am Heerschilde standen[72]). Daher war im Landrechte unbedingtes Erforderniß der Gezeugenfähigkeit Vollkommenheit an allen Rechten. „Nymant mag gezug sin, he sy denne vulkomen an syme Rechte"[73]). Ausgeschlossen schlechthin waren also eigene Leute[74]), Mönche, Juden, Kebskinder und Alle, welche sich durch ihre Verbrechen rechtlos und ehrlos gemacht hatten[75]). Wo ferner der Streitgegenstand zu einer engeren Rechtsgenossenschaft in genauer Beziehung stand, forderte man von den Gezeugen auch Theilhaben an dieser: bei Processen um Grundeigenthum nämlich eingesessene Leute desselben Gerichts[76]). Aber auch Frauenspersonen konnten regelmäßig ein Gezeugniß nicht vollführen; denn waren sie auch an und für sich vollkommen an ihrem Rechte, so war doch ihre äußere Wirksamkeit eine geschmälerte, und man legte ihnen deshalb nicht die Kraft bei, in fremder Sache und an öffentlicher Gerichtsstelle ein entscheidendes Urtheil abzugeben[77]). Zu diesem Allen kommt noch, daß der Sachsenspiegel

66) Dist. a. a. O. dist. 13. Privilegium Friedrich's II. für Goslar bei Göschen, Goslar. Stat. S. 112, Z. 20.

67) Gosl. Stat. S. 93, Z. 12.

68) Magdeb. Fragen I, Cap. 9, d. 6. Dist. a. a. O. d. 12. Culm. Recht III, 38 d.

68) Sachsensp. III, 37, §. 2. Richtst. Landr. Cap. 8. Görlitz. Landr. Cap. 47, §. 13.

70) Walch, exerc. de testis reo paris praestantia in iure Germanico. Sect. 1—6. (in Opusc. T. II. p. 329—382.)

71) S. Lehnr. Cap. 74, §. 2.

72) Lehnr. 3, 47, §. 1.

73) Dist. IV, Cap. 46, d. 11. Gosl. Stat. S. 93, Z. 3. Sachsensp. II, 36, §. 4. III, 28, §. 1.

74) Glosse z. Sachsensp. III, Art. 32.

75) Gosl. Stat. S. 93, Z. 5 ff. Dist. a. a. O. d. 12.

76) Dist. IV, Cap. 47, d. 4. Weichb. Art. 104.

77) Gosl. Stat. S. 93, Z. 9. Magdeb. Fragen II, Cap. 2, d. 10. Vgl. Culm. Recht III, 76.

für alle diejenigen Rechtsverhältnisse, welche nur unter Königsbanne gerichtet werden können, und bei welchen er an dem Princip der Ebenbürtigkeit überhaupt festhält[78]), von der Regel ausgeht, daß der Sachse nur das Gezeugniß eines ebenbürtigen Mannes über sich ergehen zu lassen brauche. Bei Streitigkeiten um Grundeigenthum fordert er daher Schöffen oder schöffenbare Leute[79]), bei Streitigkeiten um Standesrechte Genossen des Gegners des Beweisführers[80]), und spricht noch allgemeiner die Regel aus[81]): „Doch mut des rikes Dienstmann over den scepenbaren vrien men noch ordel vinden noch getúch wesen, dar 't ime an den lief oder an sin ere oder an sin erve gat." So wurde die Fähigkeit der Gezeugen im allgemeinen bestimmt nach der Fähigkeit, ein Urtheil zu haben, und nach der Fähigkeit, dasselbe in einer bestimmten Rechtsgenossenschaft und einem bestimmten Gegner gegenüber zur Geltung bringen zu können. Man stellte aber auch noch besondere Anforderungen an den an und für sich fähigen Gezeugen, wenn derselbe über ein einzelnes concretes Rechtsverhältniß Gezeugniß ablegen sollte. Auch hier sind die Anforderungen ganz analog denjenigen, welche man an die Partei stellte, wenn sie zum Eide gelangen sollte; man verlangt auch hier auf eigene Ueberzeugung gegründetes Wissen. Auch der Gezeugeneid ist streng ein Wissenseid. Die Quellenzeugnisse heben überall da, wo sie nicht blos jene allgemeine Fähigkeit im Auge haben und genauer sprechen, dieses Erforderniß hervor, sei es nun, daß schlechthin Gezeugen genannt werden, „die dat weten, vor war weten, den es wissentlich ist"[82]), oder solche Leute, von denen man das Wissen um die streitige Frage voraussetzen muß, wie die „nachpawrenn obirthalbene und inderthalbene" bei der Vindication[83]), oder wie die Zinsleute bei dem Streite um Zinsgut[84]), oder wie die Genossen einer gewissen Lebensweise, um personenrechtliche Zustände zu entscheiden[85]). Ja man legte ein so starkes Gewicht auf das Wissen der Gezeugen, daß man, wie es scheint, gerade wegen dieses Erfordernisses die allgemeinen Regeln der Fähigkeit verletzte, und die Verwandten des Beweisführers in solchen Verhältnissen zuließ, von denen sie die beste Wissenschaft haben mußten, d. i. in Streitigkeiten um Verwandtschafts-, Geburts- und Standesrechte[86]). Sogar Frauenspersonen erklärte man deshalb für befähigt

78) Sachsenſp. II, 12, §. 2, 3.
79) Sachsenſp. II, Art. 43, §. 1. Art. 44, §. 3.
80) Sachsenſp. II, 22, §. 3.
81) Sachsenſp. III, 19.
82) Sachsenſp. II, 36, §. 4. S. Lehnr. Cap. 5, §. 2. Richtſt. Landr. Cap. 47. Gosl. Stat. S. 100, Z. 2 u. a. m.
83) Weichbild (Thüngen) Art. 88. Sachsenſp. II, 36, §. 3. Diſt. IV, Cap. 9, dist. 4.
84) Weichbild Art. 38.
85) Sachsenſp. I, 25, §. 3. III, 32, §. 9.
86) Magdeb. Fragen I, Cap. 9, d. 6: „Were aber das jemandt seine geburt oder sein echte gezeugen soll, dem mag ein jglicher seiner mage und auch andere biderleut wol helffen." Vgl. Sachsenſp. III, 32, §. 4, 5, 9.

in dem Falle, wo es sich um die lebensfähige Geburt eines Kindes handelte[87]). Trotzdem aber wird es wohl als eine Verschärfung des Gezeugnisses, welche nur in bestimmten einzelnen Fällen eintrat, angesehen werden müssen, wenn man auch eine bestimmte Erkenntnißquelle des Wissens gefordert findet. So ein Sehen[88]), ein Sehen und Hören[89]), oder die unmittelbare Gegenwart bei der streitigen Handlung[90]). Gerade an diese Bestimmungen knüpft sich eine weitere Frage, welche für die Stellung der Gezeugen im processualischen Verfahren sehr wichtig ist, nämlich die Frage: ob und inwieweit das Gericht und die Gegenpartei berechtigt war, die Gezeugen wegen ihrer Fähigkeit im allgemeinen, insbesondre aber wegen des geforderten Wissens einer besonderen Prüfung zu unterwerfen? Die Beantwortung dieser Frage, welche der Sachsenspiegel selbst ganz übergeht, ist in den Rechtsquellen eine schwankende. So wird die Frage in einem Urtheil der Magdeburger Schöffen auf unsichere Weise beantwortet[91]). Bemerkenswerth ist hier zunächst, daß in der fraglichen Beziehung überhaupt eine besondere Entscheidung der Schöffen als nothwendig erschien; merkwürdiger noch ist die Unsicherheit der Entscheidung selbst. Die Worte: „Etliche sprechen, das etliche sachen seien", verzichten deutlich auf die Möglichkeit, eine Rechtsregel von durchgreifender Geltung in dieser Beziehung aufstellen zu können. Sieht man ferner auf das Materielle der Entscheidung, so stellt sie „vergoltene Schuld und desgleichen" und die „Verfestung oder dergleichen" sich gegenüber, und auf den ersten Blick mag man hier eine einfache Unterscheidung zwischen Civilsachen und Criminalsachen finden. Allein diese Unterscheidung selbst scheint doch auf einem höheren Gesichtspunkte zu beruhen, welcher sich in der allgemeinen Regel ausspricht, daß überall da, wo sich der Eid der Gezeugen auf das Reine

---

87) Sachsensp. I, 33. Gosl. Stat. S. 13, Z. 5. Dist. I, Cap. 21, d. 2. Magdeb. Fragen I, Cap. 9, d. 3.

88) Sachsensp. I, 25, §. 3. II, 54, §. 6. III, 4, §. 1.

89) Sachsensp. I, Art. 33, 54, §. 4. Art. 65, §. 4. II, 6, §. 2.

90) Weichbild (Thüngen) Art. 43. Gosl. Stat. S. 8, Z. 20. Dist. I, Cap. 14, d. 9. Cap. 5, d. 3.

91) Magdeb. Fragen I, Cap. 15, d. 5: „Ob ein man gezeugnuß thun mag selbsibend oder selbdritte, wie im des geteilt wirt, ob der richter und die schöpffen die gezeugen sondern mögen und jeglichen besonder fragen, was in von den sachen wissentlich ist und an in erfaren; ob die gezeugnuß, die sie füren sollen, rechtfertig seien? Hierauff sprechen wir für recht: Etliche sprechen, das etliche sachen seien, da man die gezeugen fürbringen mag und sie fragen, wo von in die sache wissentlich sey, als umb vergoltene schuld oder desgleichen. So sind auch sachen, da man die gezeugen nicht fragen darff, als der kleger auf seinen verfesten mann, wenn er die vorfestung erzeuget, so schweret er, daß er der sache schuldig sei, so sollen seine gezeugen schweren, daß sein eyd sey rein und nicht unnrine. In solchen worten oder sachen oder dergleichen soll man die gezeugen nicht fragen." Dasselbe Urtheil findet sich bei Böhme, diplomat. Beiträge Bd. 6, S. 153.

Digitized by Google

und Unmeine des Parteieides bezieht, die Gezeugen um ihre Wissenschaft nicht gefragt werden sollen; daß aber eine solche Befragung überall da eintreten müsse, wo der Ausspruch der Gezeugen sich unmittelbarer auf den materiellen Beweissatz selbst bezieht. Für diese Auffassung spricht der Ausdruck „in solchen worten ... soll man die gezeugen nicht fragen", welcher unmittelbar auf die Eidesformel, daß sein Eid sei reine und unmeine, folgt; für sie spricht auch die Natur der Sache. Denn wollte man bei dieser Eidesformel eine Befragung der Gezeugen über das, „was und wovon ihnen die Sache wissentlich sei", verlangen, so würde diese theils zu wenig, theils zu viel geliefert haben. Zu wenig, weil man ja von den Gezeugen ein moralisches Urtheil über den Eid der Partei forderte, welches doch nicht blos den einzelnen zu beschwörenden Punkt, sondern die gesammte Persönlichkeit des Schwörenden in das Auge fassen sollte. Zu viel, weil man ja von den Gezeugen nicht ein Urtheil über das Materielle der Sache, sondern nur über die subjective Wahrhaftigkeit des geleisteten Parteieides verlangte. Will man daher nicht voraussetzen, daß die Function und die Aufgabe der Gezeugen im processualischen Verfahren von Anfang an dem Wortsinne ihres Eides widersprochen habe, so gelangt man zu dem Resultat, daß bei der fraglichen Art der Eidesformel eine Befragung der Zeugen wegen des Materiellen der Sache unnütz und deshalb unzulässig war. Da nun aber, wie früher bemerkt wurde, nach vielen Rechtsquellen auch im Civilrechte die Gezeugen den Eid dahin leisteten, der Eid der Partei sei rein und unmein, so muß man nach eben diesen Rechtsquellen annehmen, daß so lange, als die Stellung der Gezeugen dem Sinne ihres Eides entsprach, auch im Civilprocesse eine Befragung der Gezeugen um das, was ihnen von der Sache wissentlich sei, nicht stattfand. Umgekehrt muß man annehmen, daß eine solche Befragung der Gezeugen dann und da stattfand, wo der Gezeugeneid unmittelbar auf den materiellen Beweissatz selbst sich richtete, oder wo der Wortsinn jener Eidesformel der Function der Gezeugen nicht mehr genau entsprach. Bestimmter, als das vorher gedachte Magdeburger Schöffenurtheil, drückt sich die Glosse zum Sachsenspiegel aus[92]). Sie giebt Veranlassung zu der aus der Natur der Sache sich ergebenden Annahme, daß man sich gerade da, wo man einen bestimmten Erkenntnißgrund für den Wissenseid der Gezeugen verlangte, am meisten zu einer Befragung der Gezeugen gedrängt fühlen mußte. Am bestimmtesten

92) Glosse z. Sachsensp. II, 22, §. 8: „Auch vernim den text, dar er spricht fragen, das man sol 21 mann fragen umb die gezeugen, ob sie all rechtfertig leut sein und vollkommen sein an iren rechten, ungeachtet, unverfest und unverbannt. Denn diese mag man zu gezeugen vorlegen. Oder auch also der richter soll die gezeugen fragen umb die zeit, umb die statt und ob sie es haben gesehn und gehört, das sie gezeugen wollen und manches anderes dinges, das ich dir hier nich alles gesagen kann."

spricht sich der Richtsteig Landrechts [93]) aus. Betrachtet man nun die Verschiedenheit der Wirkung, welche eine solche Befragung oder Nichtbefragung der Gezeugen auf deren Stellung im processualischen Verfahren ausübte, so ist es folgende. Da, wo die Gezeugen schworen, der Eid sei rein und unmeine, und wo daher eine Befragung nicht stattfand, war ihre Stellung dem Gericht gegenüber viel freier und selbstständiger. Zwar hatte auch hier das Gericht auf Anregung der Gegenpartei zu prüfen, ob den Gezeugen jene allgemeine Fähigkeit beiwohnte. Aber es hing lediglich von dem eigenen Gewissen der Gezeugen ab, ob sie im einzelnen Falle ein zu seinem Theil entscheidendes Urtheil über die Moralität des Parteieides abzugeben sich getrauten. Wo jedoch eine Befragung der Gezeugen stattfand, da forderte das Gericht selbstständig oder unter Mitwirkung der Gegenpartei Rechenschaft nicht nur über ihre Fähigkeit im allgemeinen, sondern auch über die Quelle und die einzelnen Thatsachen ihres Wissens um die streitige Sache, und entschied hiernach, ob sie zu dem angebotenen Eide zu lassen seien, oder nicht. Trotzdem muß man aber auch hier daran festhalten, daß das Gericht eben lediglich über die Fähigkeit der Gezeugen im einzelnen Falle nach Maßgabe ihrer Aussagen entschied. Es hatte lediglich zu prüfen: „ob die gezeugnuß, die sie füren sollen, rechtfertig seien": „ob man diese zu gezeugen vorlegen mag." Die Frage des Grades und der Quelle des Wissens war immer nur eine Frage der Fähigkeit. Das Gericht durfte die von den Gezeugen erstatteten Aussagen niemals als Material betrachten, um auf dieselben hin eine selbstständige Entscheidung in der streitigen Sache selbst fällen zu können. Diese Entscheidung vielmehr, sowie sie überhaupt durch das Gezeugniß bewirkt wurde, lag dem Princip nach immer bei den Gezeugen. Denn nach erstatteter genügender Aussage gelangten sie zum Eide, zu demjenigen Eide, welcher immer einheitlich den Beweissatz und also ein Urtheil enthielt. II) Was die Beantwortung der zweiten Frage anlangt: in welchem Verhältnisse steht die Thätigkeit der Gezeugen zu der Thätigkeit der beweisenden Partei? so ist zu diesem Zwecke wieder auf jene drei verschiedenen Modificationen, in denen der Gezeugeneid geleistet wurde, zurückzugehen. Betrachtet man die erste derselben, nach welcher die Gezeugen schwören, daß der Eid der Partei sei rein und unmeine, so erhält die ganze Thätigkeit derselben Möglichkeit, Inhalt und Tendenz lediglich durch den Eid der Partei. Die Aufgabe der Gezeugen besteht einzig und allein darin, ein Urtheil über die moralische Tüchtigkeit und Glaubwürdigkeit des geleisteten Parteieides abzugeben, und dadurch diesem eine erhöhte Kraft und Wirksamkeit zu verleihen. Sie

93) Richtst. Landr. Cap. 8: „Wenn die getzewgen gegen dieben (l. gegen dich) getzeugen wollen, so sprich: Herr richter, ich pit eines urteils, ab sie icht vor sagen sullen, was aber wie sie zewgen wollene, und wo von in wissentlich sey? Das sullen sie in diesen sachen vor sagen und dann darnach swerenn."

Digitized by Google

stehen in gar keiner directen Beziehung zu dem eigentlichen Beweissatze, und wirken bezüglich des Beweisenden höchst persönlich, höchst subjectiv. Bei der zweiten Art des Eides der Gezeugen tritt allerdings die directe Bezugnahme auf den Beweissatz selbst hervor. Ihr Eid ist aber immer ein dem Eide der Partei nachfolgender und mit demselben genau des gleichen Inhaltes. Mithin wird die Möglichkeit einer Thätigkeit der Gezeugen immer erst gewährt durch die vorhergehende Thätigkeit der Partei. Wenn die Formel der Glosse des Weichbildes zu Art. 96. so lautet: „Die gab, die N. mit seinem eyd beweist hat, die ist recht und redlich geschehn", so ist dies ein sehr bezeichnender Ausdruck für den Gedanken, daß das Hauptgewicht und die eigentliche Beweiskraft auf der Thätigkeit der Partei beruht. Doch erhalten hier die Gezeugen eine objectivere, selbstständigere Färbung, da sie nicht sowohl für die Glaubwürdigkeit, als für die Richtigkeit des Parteiurtheils ein bestärkendes Urtheil abgeben. Den größten Schein der Selbstständigkeit und Objectivität gewinnen die Gezeugen bei der dritten Form ihres Eides. Hier müssen sie zuvor den Beweissatz beschwören, und dann erst kommt die Partei über denselben zum Eide. Der Parteieid steht allerdings in einer gewissen Abhängigkeit von dem Eide der Gezeugen. Aber dennoch ist jener sehr verschieden von einem modernen Bestärkungseide. Denn mögen die Gezeugen noch so sehr übereinstimmen — und sie müssen ja immer, einmal zur Action gelangt, übereinstimmen, da der Inhalt ihres Eides das unveränderliche, einheitliche Beweisthema ist — so ist das Hinzutreten des Eides der Partei unumgänglich nothwendig. Das ganze Verfahren erhält durch diesen seine Erfüllung; ohne ihn ist der Gezeugeneid ohne alle Wirksamkeit und ohne allen Zweck. Folglich ist auch hier die Thätigkeit der Gezeugen rückwärts bedingt durch die der Partei; der Eid jener kann dem Eide dieser nur eine besondere durchgreifende Wirksamkeit verleihen. Aus allem diesen ergiebt sich dann der Grundsatz, daß die Fuction der Gezeugen auf keine Selbstständigkeit, der Partei gegenüber Anspruch machen kann; daß dieselbe dem Urtheile und Eide der Partei nur eine erhöhte Gewähr verleiht. III) Für die Richtigkeit dieser Auffassung der Gezeugen, wie sie sich aus der Beantwortung jener zwei aufgeworfenen Fragen ergab, bürgen noch drei bemerkenswerthe Momente. Das erste Moment bildet der Grundsatz, daß die Gezeugen immer streng einseitig wirken, daß sie zu keiner Zeit ein den Parteien gemeinschaftliches Beweismittel werden in dem Sinne, daß in ihrer Function niemals etwas liegt, was einen Beweis für die entgegengesetzte Behauptung des Gegners liefern könnte. Der Sachsenspiegel[94]) bestimmt nämlich: „Svür man mit sewen mannen getägen sal dar mut man wohl enen und twintich umme den getüch vragen." Und darf man hier eine Analogie des Lehnrechtes anwenden, so war die

94) Sachsensp. II, 22, §. 4. Vgl. sächs. Lehnr. Cap. 13, §. 1.

Digitized by Google

Partei, wenn sie mit 2 Mannen gezeugen sollte, berechtigt, sieben um das Gezeugiß zu fragen [95]). Da nun, wo die Gezeugen das Reine und Unmeine des Parteieides beschworen, liegt schon in dem Thema ihres Eides ein genügender Beweis, daß sie immer nur für den Beweisführer wirken konnten. Jene Bestimmung setzt hier nur fest, daß die Partei wegen eines als unfähig verworfenen Zeugen 15, bezüglich 5mal mit einem anderen sich „erholen" durfte, ohne daß es ihrem Beweise präjudicirte [96]). Aber jene Bestimmung galt auch da, wo die Gezeugen befragt wurden, was und woher sie um die Sache wußten, wie die vorher angeführte Glosse zum Sachsenſp. II. 22. §. 4. ausdrücklich sagt. Die Gezeugen sind verpflichtet, ihr Wissen um die Sache, welcher Art es sei, auszusagen; denn sie müssen auf Antrag der Partei ein behauptetes Nichtwissen mit einem Gefährdeeide beschwören, und sind im Weigerungsfalle zum Schadenersatze verpflichtet [97]). Daraus ergiebt sich, daß selbst dann, wenn 15, bezüglich 5 gefragte Zeugen nichts wissen, ja wenn sie das Gegentheil und alles Mißliche aussagen, die Partei doch noch mit den übrigen 6, bezüglich 2 ihren Beweis vollführen kann. Dies ist ein sicherer Beweis, daß das Gericht niemals befugt war, die Aussagen der Gezeugen als Grundlage eines selbstständigen, zu Gunsten dieser oder jener Partei entscheidenden Urtheils zu benutzen, sondern daß die Gezeugen selbst das Recht hatten, ein Urtheil zu fällen, und daß dieses Urtheil immer nur eine Garantie zu Gunsten der beweisenden Partei enthalten sollte und konnte. Ein zweites bestätigendes Moment liegt in dem Umstande, daß das Recht für den Beweis eine unveränderliche Zahl von Gezeugen verlangt, und zwar je nach Verschiedenheit des Gegenstandes entweder zwei oder sechs. Eine solche unabänderliche, der verschiedenen möglichen Gestaltung des einzelnen Falles nicht Rechnung tragende Festsetzung wäre unmöglich gewesen, wenn der Beweis sich auf die einzelnen rechtserzeugenden Thatsachen bezogen hätte; sie ist nur denkbar, wenn das Beweisthema ein einheitliches war. Auch jene Doppelzahl lehrt ferner, daß von einem logischen Beweise in unserem Sinne keine Rede sein kann. Denn es widerspricht dem Gedanken eines solchen, daß die Annahme der logisch formellen Wahrheit das eine Mal sich an sechs, das andere Mal ebenso gut an zwei übereinstimmende Zeugen knüpfen könne. Dagegen ist es da, wo man die Gezeugen nur als Garantieen für die Wahrheit des Parteiurtheils betrachtet, durchaus nicht dem Wesen der Sache widersprechend, je nach der Wichtigkeit der Streitsache das eine Mal drei, das andere Mal sechs Garanten zu fordern. Das dritte Moment endlich beweist nochmals, daß die Thätigkeit der Gezeugen stets mit den der Partei verbunden sein mußte, und wird gebildet durch die bei dem Ge-

95) S. Lehnr. Cap. 24, §. 7.
96) Gosl. Stat. S. 97, Z. 3.
97) Gosl. Stat. S. 96, Z. 32. Dist. IV, Cap. 47, d. 12.

Digitized by Google

zeugniß übliche Terminologie. Die Verbindung beider Thätigkeiten drücken die Worte aus „behalden uppen hilgen mit twen mannen, getügen mit twen oder seven mannen“ [98]), das principale Hervortreten der Parteithätigkeit, das selve dridde, selve sevene [99]), da das selve den Hauptnachdruck auf den Beweisführer legt. Die Tendenz endlich der Gezeugen wird sehr prägnant bezeichnet mit „up den hilgen helpen behalden“ [100]), „helfen schweren“ [101]), und am prägnantesten durch den Ausdruck „die gezeugen stärken den eid“ des Beweisführers [102]). IV) Versucht man nun nach diesen allen die Natur des von den Quellen mit den Ausdrücken tügen, getügen, vertügen bezeichneten Beweismittels festzustellen, so ergiebt sich als Resultat folgendes. Das Gezeugniß besteht wesentlich aus zwei Bestandtheilen; der eine wird gebildet durch die Gezeugen, der andere durch den Eid der Partei. Auch in ihrer Function als Gezeugen lassen sich die Genossen nicht herbei, nur factische Aussagen zu dem Zwecke zu thun, damit eine über ihnen stehende Auctorität ein entscheidendes Urtheil fälle, selbst da nicht, wo sie zu diesen Aussagen gezwungen sind. Vielmehr sprechen sie selbst das relevante Urtheil. Dieses Urtheil erhält aber doch nur Inhalt und Zweck durch die vorausgesetzte Thätigkeit der Partei, möge es sich auf die Glaubwürdigkeit des Parteieides oder auf den Beweissatz selbst beziehen. Immer spricht die Partei selbst das entscheidende Wort, ihr Urtheil ist die Grundlage des ganzen Verfahrens, sie bewahrheitet dasselbe mit dem höchsten, was sie bieten kann, mit ihrem Eide. Zu diesem Urtheil treten daher die Gezeugen nur als Hülfe, sie geben ihm mit ihrem Urtheil nur erhöhte Kraft und Wirksamkeit, damit es die entgegenstehende Behauptung der Gegenpartei aufhebe und besiege. Sie sind uur die Garanten der schon im Eide der Partei enthaltenen Garantie. Hieran schließen sich zwei Folgerungen an. Weil der Eid der Partei immer concurrirt und zu Grunde liegt, so folgt auch daraus, daß alle diejenigen Regeln, welche bei dem alleinigen Eide zur Anwendung kommen, auch dann einschlagen, wenn er mit Gezeugen verstärkt werden muß. Dies gilt insbesondre von den Regeln des Ungehorsams [103]). Weil ferner das Urtheil der Partei auch hier der Ausgangspunkt und die Grundlage der Entscheidung ist, so folgt, daß auch die Vollführung des Gezeugnisses als ein Recht der Partei betrachtet werden muß, obgleich natürlich das Gezeugniß wieder Bedingung dieser

98) Z. B. Sachsensp. III, 32, §. 3. II, 54, §. 6.
99) Z. B. Sachsensp. I, 13, §. 1. Gosl. Stat. S. 98, Z. 17 flg.
100) Gosl. Stat. S. 100, Z. 2.
101) Magdeb. Fragen I, Cap. 9, d. 6.
102) Magdeb. Fragen III, Cap. 9, d. 5.
103) Denn „He (der mit Gezeugen Beweisführende) verlüst ok of he to 'me lenrechte nicht ne kumt. Die man behalt ok dat gut sunder getüg, of die herre (der Gegner) to 'me lenrechte nicht ne kumt. Doch mach ir jewederem echt not untschüldigen. S. Lehnr. Cap. 24, §. 7. Richtst. Lehnr. Cap. 34, §. 6. Vgl. Culm. Recht III, 41.

Digitized by Google

Entscheidung ist und das Wegfallen desselben der Gegenpartei den Sieg verleiht[104]). V) Betrachtet man endlich die angeführten Quellenzeugnisse über die Natur der Gezeugnisse noch von einem anderen Gesichtspunkte, so tritt in denselben eine große, bewegliche Verschiedenheit hervor. Und muß man annehmen, daß jene große Selbstständigkeit der Parteien im gerichtlichen Verfahren, jenes maaßvolle Eingreifen des Staates in das Gerichtswesen und jene mehr ordnende, als entscheidende Function des Gerichtes allmälig und schrittweise, und doch schon in frühen Spuren, nach der modernen Auffassung von Staat und Gericht hinüberdrängte, so darf man auch annehmen, daß jene Verschiedenheit nicht sowohl eine örtliche, als vielmehr eine zeitliche, geschichtliche Entwickelung des Instituts darstellt. Sie zeigt sich in den zwei charakteristischen Merkmalen desselben. Denn während in früherer Zeit die Gezeugen ihr Urtheil nach freier Ueberzeugung, nach bestem Wissen und Gewissen, und ohne daß man dasselbe einer vorhergehenden Controle unterwarf, abgaben, wurde diese Selbstständigkeit allmälig untergraben. Man forderte Aussagen von ihnen über das Wie und Was ihres Wissens, zunächst freilich unter dem Gesichtspunkte, ihre Fähigkeit zu prüfen. Es ist aber einleuchtend, daß, je mehr man auf dieses Wissen Gewicht legte und für die einzelnen rechtsbegründenden Thatsachen verlangte, desto mehr die Entscheidung über ihre Zulässigkeit die materielle Entscheidung der Sache selbst anticipirte, bis man dem immer noch geforderten Urtheil der Gezeugen alle Bedeutung entzog und es endlich als lästige Förmlichkeit beseitigte. Hiermit hängt die andere Seite der Entwickelung auf das genaueste zusammen. Die Gezeugen standen ursprünglich in gar keiner Beziehung zu der streitigen Sache selbst; sie sollten lediglich über die Glaubwürdigkeit des Parteieides ein Urtheil abgeben. Ihre Eigenschaft als bloße Garanten tritt hier sehr hell hervor. Später jedoch verlangte man von ihnen ein Urtheil über die Sache selbst; anfangs dem Parteiurtheil nachfolgend, bewahrte es noch mehr die persönliche Beziehung und Abhängigkeit von der Partei; dann aber ihm vorgehend und es bedingend, mußte sich allmälig seine ursprüngliche, nur verstärkende Bedeutung verkehren. Von da an legte man der Thätigkeit der Gezeugen eine größere Selbstständigkeit bei; der Parteieid erschien bald nur als ein Bestärkungseid, und so wurde er endlich in geeigneten Fällen als gänzlich überflüssig beseitigt. Die letzten Endpunkte dieser Entwickelung, an welchen der Parteieid nicht mehr erwähnt wird, die Gezeugen auf einen promissorischen Eid hin nur über das Thatsächliche der Sache Aussagen thun, und das Gericht nach freiem Ermessen zu Gunsten der einen oder anderen Partei ein selbstständiges, entscheidendes Urtheil fällt, finden sich schon in dem sächsischen Quellenkreise in dem Rechtsbuche nach Distinctionen[105]).

104) „Weme tügbes borst wert, de is in der sake ghevallen, of he sich vor gherichte des heft vormeten." Gosl. Stat. S. 95, Z. 14.

105) Dist. IV, Cap. 47; d. 16; „Welch man sinen gezugen, stellet vor

Aber während die ersten und mittleren Schritte der Bewegung noch rein der einheimischen Rechtsentwickelung angehören, so münden ihre Ausgangspunkte in das fremde Recht, wie die Distinctionen ergeben[106]). So bringt das fremde Recht nichts Neues, nichts Unvorbereitetes; es bringt nur den schnellen Abschluß der eigensten Entwickelung. — Schließlich ist die Wirkung des Eides und Gezeugnisses zu betrachten. Die Natur des Eides, seine religiöse Heiligkeit und seine politische Bedeutung, nach welcher er als das Höchste galt, was der Mann als Gewähr für seine Wahrhaftigkeit zu leisten im Stande ist, kann einen directen Gegenbeweis gegen seinen Inhalt nicht gestatten. Und wenn dem Gezeugnisse wieder der Eid der Partei zu Grunde liegt und dieser nur verstärkt wird durch die Eide Dritter, welche sich entweder auf den Parteieid oder auf den Beweissatz selbst beziehen, so kann auch bei einem Gezeugniß von einem Gegenbeweise in verstärktem Maaße nicht die Rede sein. Alles, was der Gegenpartei als Waffe dienen kann, besteht daher nur in der Behauptung und in dem Nachweise, daß der Eid nicht ordnungsmäßig und ohne Möglichkeit der „Erholung" geleistet, oder daß ein unfähiger Zeuge zum Schwur gelangt sei[107]). Wird aber der Gezeuge dem Gegner vor der Eidesleistung präsentirt und schweigt er still, so kann er diesen nach erfolgtem Eide nicht als unfähig bezeichnen[108]). Ist nun aber der Eid der Partei in gehöriger Weise, bezüglich mit der erforderlichen Zahl fähiger Gezeugen geleistet, so hat damit die Partei diejenige Garantie geleistet, welche man von ihr fordert, damit ihr Urtheil entscheidende, die Behauptungen des Gegners überwindende Kraft erlange. Für eine Thätigkeit des Gerichtes ist hiernach überall mehr kein Raum; von einer Prüfung der Schlüssigkeit der durch die Gezeugen gegebenen Aussagen, von einem Abwägen von Beweis und Gegenbeweis kann nicht die Rede sein. Nicht ein Ausspruch des Gerichtes bewirkt die letzte Entscheidung der streitigen Sache, vielmehr knüpft sich die Entscheidung unmittelbar an den geschehenen Gebrauch des Beweismittels selbst. Und wenn die Partei nach geleistetem Eide oder nach vollführtem Gezeugnisse fragt: „ob er

---

gericht, von rechte sal der czug swere den eyd: wy swern, daz wir dy worheyd wullen swern (andere Lesart: geczwgen), dy wir wissen umbe dy sache, al uns gob helffe unde alle heyligen. Wan der eyd geschen ist, so sal eyn iczlich sagen uff den eyd, waz one wissentlich ist. Geb der czuge obereyn, weme der czu hulffe kempt, daz werden dy scheyphen zcuirkennen. Czweygen sich dy geczugen an orme bekenntniß, daz eyme onders wissen ist wen deme andern, so en ist man an deme geczuckniß nicht bestanden."

106) Dist. a. a. O. d. 17: „darumbe sal man allewege czugen under gestabten eyden, also angeystlich gerichte."

107) Goslar. Stat. S. 96, Z. 41: „We enne tüch heft gedan mit emme sodanen manne deme me mit rechte van tüghe irtecken moch, de is aver an der sake gevallen, dar he den tüch ane ghedan heft, este men dat bewise alse recht is."

108) Dist. IV, Cap. 47, d. 14, 15.

Digitized by Google

vulkomen ist mit seinen rechten?" so wünscht sie nur Anerkennung dafür, daß sie die geforderte Garantie in formeller Richtigkeit erbracht habe; sie sichert sich damit nur den Schutz des Gerichtes für ihr nun rechtskräftiges Urtheil. Daher lautet denn auch die Antwort einfach: „er sey volkummen" [109]).

B. Geltendes Recht.

Das römische und kanonische Recht, welche für das geltende Recht die Grundlage bilden, weichen von dem älteren teutschen Rechte darin ab, daß die Aussagen der Zeugen hier nur ein Moment sind, um die richterliche Ueberzeugung von dem Dasein oder Nichtdasein gewisser rechtsbegründender oder sonst auf das streitige Rechtsverhältniß einflußreicher Thatsachen zu bestimmen; daß die Zeugenaussagen von Seiten ihrer subjectiven und objectiven Glaubwürdigkeit einer Prüfung des Gerichtes unterliegen; daß bei der unbeschränkten Zulassung des directen Gegenbeweises nicht blos die Aussagen der von dem Beweisführer benannten Zeugen, sondern auch die der Gegenbeweiszeugen vom Gericht in Betracht zu ziehen sind; daß der Eid der Partei höchstens erst nach dem Ergebniß der Zeugenaussagen als sog. Erfüllungseid zu den Aussagen hinzutritt, dann aber, wenn weniger als halber Beweis dadurch erbracht ist, selbst der Gegenpartei als sog. Reinigungseid zuerkannt werden kann, es aber bei vollständigem Beweise eines Hinzutretens des Eides der Partei überall nicht bedarf; daß endlich die Zeugen auf einen promissorischen Eid hin nur über das Factische der Sache Aussagen erstatten und das Gericht nach freiem Ermessen zu Gunsten der einen oder der anderen Partei ein selbstständiges, entscheidendes Urtheil fällt. Die Beweiskraft der Zeugenaussagen hängt von dem Dasein der gesetzlich nothwendigen subjectiven und objectiven Bedingungen der Glaubwürdigkeit der Aussage ab. Nach dem Grade der subjectiven Glaubwürdigkeit zerfallen die Zeugen in tüchtige oder sog. classische (testes classici oder omni exceptione maiores), gegen welche kein Unfähigkeits- oder Verdachtsgrund vorliegt, und durch welche, wenn auch die objectiven Erfordernisse vorhanden sind, voller Beweis hergestellt wird, in verdächtige (testes suspecti) und unfähige (testes inhabiles).

I. Subjective Glaubwürdigkeit der Zeugen.

1) Unfähige Zeugen [110]). Die Unfähigkeit eines Zeugen kann beruhen 1) auf dem natürlichen Mangel der zur Wahrnehmung der einzelnen Thatsache nöthigen Sinne; 2) auf dem Mangel der zur Wahrnehmung der einzelnen Thatsache nöthigen Geisteskräfte; 3) auf

---

109) Richtst. Landr. Cap. 8.

110) Hommel, Rhaps. obs. 211. Hommel, alphabetischer Zeugencatalog herausgegeben von Ackermann. Dresden 1845. Pratobevera, Materialien VII, §. 2 flg. Glück, Erl. der Pand. Bd. 22, S. 1176.

Digitized by Google

gesetzlicher Bestimmung, welche dem Zeugen die Glaubwürdigkeit entzogen hat. Zu 1) Ein Blinder kann über Thatsachen, welche er gehört, ein Tauber über die, welche er gesehen hat, aussagen[111]). Selbst zur Recognition einer bestimmten Person wird ein Blinder als Zeuge gebraucht werden können, da, wenn ihm auch der Sinn des Gesichtes abgeht, seine übrigen Sinne um so schärfer zu sein pflegen, und eine Erkennung einer Person an der Stimme auch von Seiten eines Blinden möglich ist. Verlor der Zeuge den zur Perception nöthigen Sinn erst nach der Wahrnehmung, so ist der Mangel dieses Sinnes ohne Einfluß[112]). Es kann daher ein Erblindeter über Thatsachen, welche er vor der Erblindung gesehen, ein Taubgewordener über Thatsachen, welche er, bevor er taub wurde, gehört hat, giltig Zeugniß ablegen. Zu 2) Rasende (welchen aber gerichtlich erklärte Verschwender nicht gleich stehen) und Wahnsinnige sind unfähige Zeugen[113]). Ob dieselben, wenn sie in hellen Zwischenräumen Thatsachen wahrgenommen haben und darüber aussagen, tüchtige oder verdächtige Zeugen sind, lassen Manche[114]) von den Umständen abhängen; Andere[115]) halten sie auch in lichten Zwischenräumen immer wenigstens für verdächtig. Wir können uns nur der letzteren Meinung anschließen. Es kommt allerdings auch auf den Gegenstand der Wahrnehmung an. Ist dieser eine einfache Thatsache, deren Wahrnehmung leicht möglich ist, so wird man dem Zeugniß eines Wahnsinnigen mehr Glauben beimessen können, als wenn es sich um Bezeugung eines zusammengesetzten, aus vielen einzelnen Thatsachen bestehenden Vorganges handelt. Aber auch rücksichtlich einfacher Thatsachen steht der Glaubwürdigkeit des Wahnsinnigen immer sein gestörter Geisteszustand entgegen; es fragt sich immer, ob er zur Zeit, wo er die Thatsache wahrgenommen hat, wirklich einen lichten Zwischenraum hatte, und wenn auch diese Frage zu bejahen wäre, so wird doch immer dem Zeugniß eines solchen niemals ganz derselbe Glaube beigelegt werden können, wie dem eines im vollen Besitze seiner Geisteskräfte befindlichen Menschen. Auch Blödsinnige sind, wenn ihnen die zur Beobachtung nöthige Geisteskraft abgeht, unfähig; bei geringeren Graden der Geistesschwäche ist das Zeugniß immer wenigstens verdächtig, bald in höherem, bald in geringerem Grade[116]). Zu 3) Die nur nach dem Gesetze, nicht schon natürlich, unfähigen Zeugen sind entweder absolut oder relativ unfähig, je nachdem ihnen überhaupt oder nur in Beziehung auf eine bestimmte Rechtssache oder Thatsache die Glaubwürdigkeit abgesprochen ist. Absolut ju-

111) Gesterding, Nachforschungen IV, 1, S. 213, 214.
112) Schneider, Lehre vom Beweise §. 112.
113) §. 8. Inst. III. 20. Vgl. L. 20. §. 4. D. 28. 1.
114) Linde, Civilproceß §. 258, N. 2.
115) Schneider a. a. O. §. 110. Glück, Erläut. der Pand. Bd. 22, S. 142.
116) Schmid, Handb. des Civilproc. §. 133, N. 2.

Digitized by Google

ristisch unfähig sind: a) Eidesunmündige. Manche[117]) halten zwar, wenn sie über die infantia hinaus sind, ihre Vernehmung, natürlich ohne Beeidigung, sondern blos unter Erinnerung an die Pflicht der Wahrhaftigkeit, für zulässig, und meinen, daß durch ihre Aussage Wahrscheinlichkeit begründet werden könne; allein die Gesetze erklären sie unbedingt für unzulässige Zeugen[118]). Die Frage, ob Jemand nach erreichter Mündigkeit über dasjenige, was er während der Unmündigkeit wahrgenommen habe, giltig Zeugniß ablegen könne, wird zwar von Einigen[119]) verneint, richtiger aber von Anderen[120]) bejaht. Denn die dagegen angeführten Gesetzstellen sagen theils nur, und noch dazu mit specieller Beziehung auf das Verbrechen des Falschmünzens, daß die Unmündigen, von demjenigen, was sie sehen, nicht die rechte Bedeutung einsehen und daher nicht als Mitwisser des Verbrechens bestraft werden sollen[121]), theils erklären sie dieselben in Beziehung auf die Eingehung von Rechtsgeschäften für unfähig, die nöthige Einsicht und den erforderlichen Willen zu haben[122]), theils sprechen sie die Unmündigen von der Folter frei, wollen ihnen aber auch ohne diese während der Unmündigkeit keinen Glauben beigemessen wissen[123]). Die Unmündigen sind daher durch die Gesetze keineswegs für nicht perceptionsfähig erklärt und sie haben nach der Natur die Fähigkeit zur Wahrnehmung sinnlicher Eindrücke. Im allgemeinen ist also die Zeugnißfähigkeit solcher, welche über Thatsachen, die sie während ihrer Unmündigkeit wahrgenommen haben, aussagen, keinem gegründeten Zweifel unterworfen. Ob sie

---

117) Schneider §. 111, 156.

118) L. 3. §. 5. L. 19. §. 1. D. 22. 5. Nach der ersten Stelle ist durch die lex Iulia de vi das Zeugniß eines Unmündigen bei dem crimen vis verboten. Die zweite Stelle drückt sich ganz allgemein aus: „Sed nec pupillis testimonium denunciari potest.“ Sie ist aber aus Ulpian's lib. VIII. de officii Proconsulis entnommen, worin, wie aus L. 1. D. 48. 18. erhellt, von Criminalgerichten gehandelt wurde. Es haben deshalb Manche (bei Glück S. 143, N. 15 angeführt) die Unfähigkeit der Unmündigen auf Criminalsachen beschränkt, in Civilsachen hingegen solche als Zeugen zugelassen, wenn sie nur pubertati proximi wären, obgleich sie freilich nicht als vollkommen glaubwürdige Zeugen angesehen werden könnten. Allein der von Callistratus in der ersten Stelle angeführte Grund, daß sie propter lubricum consilii sui zur Ablegung eines Zeugnisses nicht zugelassen werden könnten, ist ganz allgemein; sie werden daher auch als Testamentszeugen nicht zugelassen. §. 6. Inst. II. 10. L. 20. pr. D. 28. 1. Wohl hat auch den beiden oben angeführten Stellen durch die Aufnahme in den allgemeinen Titel de testibus eine größere Ausdehnung und allgemeinere Bedeutung gegeben werden sollen. Jeder etwa noch übrige Zweifel wird durch das kanonische Recht gehoben, welches Menschen unter 14 Jahren ohne Unterschied für unfähig zum Zeugniß erklärt. Can. 1. C. IV. qu. 2. 3. Daß auch das ältere teutsche Recht Unmündige vom Gezeugniß ausschloß, ist unter A. bemerkt worden.

119) Pratobevera, Materialien VII, S. 228. Linde §. 258, N. 3.

120) Martin, Civilproc. §. 193, N. f. Bayer, ordentl. Proc. §. 246. Gesterding I, S. 199. Schmid §. 133.

121) L. 1. C. IX. 24.

122) L. 10. D. 22. 6. §. 1. Inst. II. 12.

123) L. 15. §. 1. D. 48. 18.

aber im einzelnen Falle die Thatsachen so wahrgenommen und behalten haben, daß sie darüber auf ihren Zeugeneid hin Aussage thun können, muß ihnen selbst überlassen bleiben; doch können begründete Zweifel an ihrer Perceptionsfähigkeit zur Zeit der Wahrnehmung, sei es überhaupt oder in Beziehung auf den einzelnen Fall, ihre Glaubwürdigkeit schwächen [124]). 2) Frauenspersonen werden nach römischem Rechte als Beweiszeugen zugelassen, als Testamentszeugen aber nicht [125]). Nach kanonischem Rechte hat der durch Frauenspersonen geführte Beweis überall keine Kraft [126]), außer wo es auf den Beweis von Ehehindernissen, z. B. Verwandtschaft, ankommt [127]), oder wo eine angebliche Irregularität eines Geistlichen bewiesen werden soll [128]), oder wenn der Beweis des Verbrechens eines Geistlichen in Frage ist, an welchem eine Frauensperson Theil genommen hat [129]). Der Gerichtsgebrauch zieht das römische Recht unbedingt vor und läßt Frauenspersonen in bürgerlichen und peinlichen Sachen als Beweiszeugen zu. c) Verbrecher. Das römische Recht erklärt dieselben erst nach ihrer Verurtheilung in iudicio publica für unfähig zum Zeugniß [130]); nach dem kanonischen Rechte genügt es, sie unfähig zu machen, wenn das Verbrechen auch nur im Laufe des Civilprocesses incidenter bewiesen wird [131]). Schon die peinliche Anklage macht den Angeklagten während des Processes unfähig zum Zeugniß, so lange er nicht seine Unschuld bewiesen hat [132]). Die Unzulässigkeit solcher Zeugen fällt jedoch wieder weg, wenn dieselben sich später gebessert haben, ausgenommen wenn das Verbrechen ein Meineid gewesen wäre oder Ehrlosigkeit zur Folge gehabt hätte [133]). Insbesondre sind bestochene Zeugen für unfähig erklärt [134]). d) Ehrlose überhaupt. Das römische Recht schließt solche unbedingt vom Zeugniß aus; die lex Iulia de vi zwar nur bei dem crimen vis, die Jurisprudenz aber und die Digesten allgemein [135]), und diese Wirkung der Infamie ist durch die Reichsgesetze anerkannt [136]). e) Gänzlich Unbe-

---

124) Gesterding S. 205 flg.

125) Als Beweiszeugen läßt sie zu L. 18. D. 22. 5.; als Testamentszeugen schließt sie aus L. 20. §. 6. D. 28. 1.

126) Can. 17. 19. C. 33. qu. 5. Cap. 10. X. V. 40., wo der Grund angeführt wird: „nam varium et mutabile testimonium semper femina producit."

127) Cap. 22. X. II. 20.

128) Cap. 33. X. II. 20.

129) Cap. 3. X. II. 20.

130) L. 3. §. 5. L. 15. pr. L. 18. D. 22. 5.

131) Cap. 13. X. II. 20. Cap. 1. X. II. 25.

132) Cap. 56. X. II. 20.

133) Cap. 54. X. II. 20. Peinl. Gerichtsordn. Art. 107 u. 122. Siehe darüber Mittermaier in v. Zur Rhein, Jahrb. des gem. teutschen Proc. Bd. 1, S. 201 flg.

134) L. 2. §. 5. D. 22. 5. L. 1. §. 2. D. 48. 10. Peinl. Gerichtsordn. Art. 64.

135) L. 3. §. 5. 22. 5.

136) Notariatsordnung v. 1512 Tit. I, §. 2: „... ehrlos infames genannt

kannte[137]). Von Manchen[138]) wird dagegen der Satz, daß der Unbekannte als solcher unfähig oder auch nur verdächtig sei, verworfen, weil dem Richter überhaupt die Wenigsten bekannt sein werden; nur besondere Gründe gegen seine Glaubwürdigkeit könnten, wie überhaupt, diese vermindern, müßten aber vom Producten vorgebracht werden, welcher sich darnach, wenn er dieses wolle, an den Orten, wo Nachrichten zu haben seien, zu erkundigen habe. Die Bestimmung der peinlichen Gerichtsordnung Art. 63, nach welcher allerdings im Criminalprocesse der Angeklagte den Zeugen blos wegen seiner Unbekanntschaft bis dahin verwerfen könne, bis besondere Gründe für seine Glaubwürdigkeit vom Ankläger beigebracht sind, gehöre nicht hierher. Allein die Nov. 90. cap. 1. erklärt allgemein wenigstens einen solchen Zeugen für unfähig, welcher so unbekannt ist, daß keine Kunde über seine Glaubwürdigkeit gewonnen werden kann. f) Zeugen vom Hörensagen (testes de auditu). Zum giltigen Zeugniß gehört nämlich, daß Zeugen, welche bei der zu bezeugenden Thatsache gegenwärtig waren, überhaupt, welche die Erfahrung, worauf es ankommt, selbst gemacht haben, darüber aussagen[139]). Der Zeuge soll nur seine eigenen, nicht fremde Erfahrungen darlegen; daher kann derjenige, welcher etwas blos von Anderen gehört hat, nichts beweisen, da er nicht das Geschehensein eines Thatumstandes, sondern nur die unbeeidigte, nicht gerichtlich erstattete, vielleicht ohne Ernst oder Ueberlegung geschehene Aussage eines Anderen bezeugt. Nur wenn ausnahmsweise die Sage, das Gerede, der auditus oder auch die Negation desselben bezeugt werden soll, indem das Dasein oder Nichtdasein einer fama entweder zum Beweise hinreicht oder denselben unterstützt, sind die Aussagen von Zeugen vom Hörensagen hinreichend. Solche Ausnahmen finden statt: aa) bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung rücksichtlich des negativen Theiles dieses Beweises[140]). bb) Bei dem Beweise der Verwandtschaft und Schwägerschaft in Ehesachen, jedoch nur unter manchen Beschränkungen und Cautelen, insofern es auf Trennung einer schon bestehenden Ehe abgesehen ist[141]). — Auch solche Personen, welche blos ihren Glauben oder ihre Meinung über einen bestimmten Thatumstand aussagen können, sind zum Zeugniß un-

---

... und in Summa alle, die in Rechten zu zeugen verworfen werden, dieweil sie anstatt der Zeugen gebraucht werden." Damit sind jedoch nicht die Entstehungsgründe der römischen Infamie anerkannt; es kann vielmehr nur nach teutschem Rechte bestimmt werden, aus welchen Gründen Ehrlosigkeit oder teutsche Infamie gemeinrechtlich entsteht.

137) Nov. 90. cap. 1. „ἄγνωστοι καὶ πανταχόθεν ἀφανεῖς."

138) Gesterding, Nachforschungen Bd. 4, S. 106 flg.

139) Nov. 90. cap. 2. Can. 15. Causa III. qu. 9. „... Nec de aliis causis vel negotiis dicant testimonium, nisi de his, quae sub praesentia eorum acta esse noscuntur." Cap. 47. X. II. 20.

140) L. 28. D. 22. 3. L. 2. §. 8. D. 39. 3. Vgl. den Artikel Verjährung Bd. XII, S. 586.

141) Cap. 5. 47. X. II. 20.

Digitized by Google

fähig[142]). Doch werden zum Beweiſe der Verwandtſchaft in Eheſachen auch ſolche Zeugen zugelaſſen, welche eidlich ausſagen, was ſie in Bezug auf das fragliche Verhältniß von ihren Vorfahren gehört haben und zugleich angeben, daß dies ihre eigene Meinung ſei[143]). Die abſolute Unfähigkeit der Excommunicirten und in die Reichsacht Erklärten, welche in den Reichsgeſetzen anerkannt iſt[144]), iſt heutzutage außer Anwendung. — Relativ unfähig ſind a) Adſcendenten in Sachen der Deſcendenten und umgekehrt; ſie können weder für, noch gegen einander ein giltiges Zeugniß ablegen[145]). Manche[146]) wollen zwar die hierauf bezüglichen Vorſchriften des römiſchen Rechtes nur auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt beſchränken, und den Grund darin ſetzen, daß Vater und Kind, ſo lange letzteres ſich in der väterlichen Gewalt befindet, für Eine Perſon juriſtiſch zu halten ſeien. Dieſe Meinung hat auch die Autorität eines byzantiniſchen Juriſten, wahrſcheinlich des ſog. Anonymus für ſich, welcher zu L. 9. D. 22. 5. (Basil. 21. 1. 8.) ſagt: „*Ὁ ὑπεξούσιος ὢν δηλονότι· δοκεῖ γὰρ ἑαυτῷ μαρτυρεῖν μαρτυρῶν τῷ πατρί. εἰ δὲ γένηται αὐτεξούσιος, ἀκωλύτως μαρτυρεῖ, καὶ ὡς ἐν ἀλλοτρίῳ πράγματι πιστεύεται*[147])." Anſcheinend rechtfertigt ſelbſt der Zuſammenhang der L. 9. D. 22. 5. mit der L. 10. eod., wo es heißt: „Nullus idoneus testis in re sua intelligitur" dieſe Meinung; denn das Kind, welches für den Vater, in deſſen Gewalt es ſich befindet, Zeugniß ablegen wollte, würde Zeuge in eigener Sache ſein. Auch iſt nicht zu leugnen, daß, wenn man die übrigen Stellen vergleicht, welche, wie die angeführte L. 9., aus des Paulus lib. I. ad Sabinum genommen ſind[148]), dieſer Juriſt daſelbſt von den Wirkungen der väterlichen Gewalt gehandelt hat. Was aber den aus dem Zuſammenhange der L. 9. und 10. D. cit. entlehnten Grund für dieſe Meinung betrifft, ſo iſt die L. 10. aus der Schrift eines ganz anderen Juriſten, aus des Pomponius lib. I. ad Sabinum entlehnt, und daß beide Stellen durch

---

142) Can. 15. Causa III. qu. 9.

143) Cap. 5. 47. X. II. 20.

144) Notariatsordnung v. 1512 Tit. I, §. 2: „Erſtlich ordnen Wir, daß unter den Perſonen, ſo approbirt oder von neuem inſtruiret werden, ihres Standes und Weſen halben Unterſchied gehalten und Aufmerkung gehabt werde, damit nicht die, ſo darzu von den Rechten verboten, als ungläubig, eygenleut, ehrlos infames genannt, oder dieſer Unſer Ordnung und anders, ſo zu Uebung dieſes Amtes zu wiſſen noth iſt, nicht berichtet, oder im geiſtlichen Bann, oder in Unſer und des Reichs Acht wären, und in Summa alle, die in Rechten zu zeugen verworfen worden, dieweil ſie anſtatt der Zeugen gebraucht werden."

145) L. 9. D. 22. 5. (Paulus): „Testis idoneus pater filio, aut filius patri non est." L. 6. C. IV. 20. (Diocletian und Maximian): „Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt."

146) Pufendorf, Observ. iur. univ. T. I. obs. 15. Thibaut, Pandektenrecht §. 1169. S. dagegen Glück S. 146 flg. Ende, juriſt. Abhandl. S. 139 flg.

147) Sch. *Ὁ ὑπεξούσιος* Basil. ed. Heimb. T. II. p. 394.

148) L. 3. D. 23. 2. L. 7. 9. D. 28. 2. L. 11. D. 28. 6. L. 7. D. 29. 2.

Digitized by Google

die Compilatoren in Zusammenhang haben gesetzt werden sollen, ist nicht zu erweisen. Ein solcher Zusammenhang hätte nur dadurch hergestellt werden können, wenn es hieße: „Nam nullus idoneus testis" oder „Nullus enim idoneus testis" etc. Daß aber Paulus, wenn er lib. I. ad Sabinum von den Folgen der väterlichen Gewalt gehandelt hat, doch die Unzulässigkeit des Zeugnisses der Eltern für Kinder und umgekehrt nicht auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt habe beschränken wollen, ergiebt sich aus einer anderen außerhalb der Digesten erhaltenen Stelle desselben[149], welche die Kaiser Diocletian und Maximian bei ihrem Rescripte (L. 6. C. IV. 20.) offenbar wörtlich benutzt haben. In dieser Stelle leitet der Jurist den Grund seines Ausspruches nicht aus der väterlichen Gewalt ab, sondern setzt ihn in der nahen Verwandtschaft und der daher entstehenden natürlichen Zuneigung zwischen so nahen Verwandten, welche ein unparteiisches Zeugniß nicht erwarten läßt. Dieser Grund wird durch die Beendigung der väterlichen Gewalt nicht aufgehoben; es kann mithin auf die Beurtheilung der Giltigkeit ihres Zeugnisses keinen Einfluß haben, ob das Verhältniß der väterlichen Gewalt noch besteht oder aufgelöst ist. Wenn man auch die L. 9. D. cit. auf die Dauer der väterlichen Gewalt beziehen wollte, so ist dies doch nicht möglich, da Paulus in der anderen angeführten Stelle und nach ihm die gedachten Kaiser von parentes und liberi überhaupt reden, unter den parentes ebensogut die Mutter mit verstanden wird, wie der Vater, bei ersterer aber natürlich von einer väterlichen Gewalt gar nicht die Rede sein kann. Ausnahmsweise läßt das kanonische Recht das Zeugniß der Eltern in Ehesachen zu zum Beweise der Verwandtschaft[150]. Nach Analogie dieser Bestimmung hält der Gerichtsgebrauch das Zeugniß der Eltern in Ehe- und Verlöbnißsachen, und in Sachen, welche das Heurathsgut und Eingebrachte der Ehefrau betreffen, für zulässig, was seinen guten Grund darin hat, daß sehr häufig in solchen Sachen keine anderen Personen, als die Eltern bei den bezüglichen Verhandlungen concurriren, und man durch die Nichtgestattung ihres Zeugnisses die Parteien jedes äußeren Beweismittels berauben und sie nöthigen würde, zu dem immer mißlichen Eidesantrage ihre Zuflucht zu nehmen. b) Geistliche sind in Ansehung desjenigen, was ihnen unter dem Siegel der Beichte anvertraut worden ist, unzulässige Zeugen[151]. Man will zwar von dieser Regel folgende Ausnahmen machen: aa) wenn die Entdeckung des Gebeichteten für das gemeine Wohl — Kirche oder Staat — von entschieden großem Nutzen ist; bb) wenn ein Unschuldiger, gegen welchen zufälliger Weise starke Verdachtsgründe vorliegen, durch den

149) Paul. Sent. V. 15. §. 3.: „Adversus se invicem parentes et liberi, itemque liberti, nec volentes ad testimonium admittendi sunt: quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit."

150) Cap. 3. X. IV. 18.

151) Vgl. den Artikel Beichte Bd. I, S. 833, wo die Gesetze und in Note 29 auch die einschlagenden Schriften angeführt sind.

Bruch des Beichtsiegels gerettet werden kann; cc) wenn der Beichtvater von dem Beichtkinde selbst zur Offenbarung des Beichtgeheimnisses ermächtigt wird; dd) wenn es künftigen noch zu begehenden Verbrechen gilt; im letzteren Falle dürfe nicht nur, sagt man, wie in den vorigen Fällen, der Beichtvater, sondern müsse das durch die Beichte Erfahrene an dem geeigneten Orte baldmöglichst anbringen, und sogar der Name des künftigen Verbrechers dürfe oder müsse nach Beschaffenheit der Umstände mit angegeben werden. Allein nach dem kanonischen Rechte ist die Pflicht zur Geheimhaltung des in der Beichte Erfahrenen eine unbedingte. Einer freiwilligen Aussage des Beichtvaters wollen zwar Manche[152]) nicht alle Beweiskraft absprechen; es ist aber dieses nicht zu rechtfertigen, da hier nicht blos von gewöhnlicher Unfähigkeit die Rede ist, sondern sogar durch die Aussage eine strafbare Handlung begangen werden würde. c) Advocaten können und dürfen in Ansehung der ihnen, als solchen, anvertrauten Thatsachen nicht zum Zeugniß zugelassen werden, weil sie sich dadurch einer strafbaren Handlung (der Prävarication) schuldig machen[153]) oder unter Umständen ihre eigene Schande zu gestehen gezwungen sein würden. Dasselbe gilt von Procuratoren[154]). Die Frage, wie es mit der Fähigkeit der Notare stehe, ist bestritten[155]). Man pflegt sie in den Angelegenheiten, in welchen sie als solche gehandelt haben, als unzulässige Zeugen zu betrachten, wegen der Strafe, welche sie wegen Vernachlässigung der Urkunden zu befürchten haben[156]). Insofern die Aussage des Notars auf Thatsachen gerichtet werden soll, bei welchen jene Rücksicht eintritt, ist diese Behauptung wegen des angeführten Grundes richtig. Allein es kann viele Thatsachen geben, welche ein Notar selbst bei Abfassung eines Notariatsinstrumentes wahrnimmt, die auf das Geschäft, bei welchem er als Notar thätig war, einwirkten, durch deren Bezeugung er aber dennoch, wie sie auch ausfallen mag, sich nicht blosstellt. In solchen Fällen läßt sich keine Untüchtigkeit behaupten[157]). d) Ob Aerzte zu den unfähigen Zeugen zu rechnen seien, ist bestritten. Die Gesetze gedenken der Aerzte nicht. Die Meinungen gehen hier weit auseinander, indem nach der einen der Arzt hinsichtlich der Krankheit seines Patienten unbedingt dem Beichtvater und Advocaten gleichgestellt wird[158]), nach der anderen aber die allgemeine bürgerliche Zwangspflicht zum Zeugniß unbedingt auf

---

152) Leyser, Med. ad Pand. Sp. 284. med. 2. Hommel, Rhaps. obs. 211.

153) L. 25. D. 22. 5. Can. 3. §. 19. Causa IV. qu. 2. 3. cap. 3. de testibus in VI. (II. 10.) Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 284.

154) Cap. 3. de testibus in VI. (II. 10.) Linde a. a. O. S. 285.

155) Vgl. darüber Linde a. a. O. S. 291 flg.

156) Hommel, Rhaps. obs. 211. Glück S. 161. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4, Nr. 47, S. 252.

157) Linde a. a. O.

158) Rumpelt in Henke's Zeitschrift für Staatsarzneikunde Bd. 13, S. 451 flg.

Digitized by Google

den Arzt angewendet werden soll[159]). Die Beantwortung der Frage hängt von zwei Punkten ab; erstens: worauf die dem Arzte angegebener Maßen obliegende Pflicht zur Verschwiegenheit beruhe? und zweitens: welche Gegenstände jene Pflicht der Verschwiegenheit umfasse?[160]) Was den ersten Punkt betrifft, so darf an und für sich ein Kranker von dem Arzte, welchen er sich anvertraut, die seinen körperlichen Zustand betreffenden Geheimnisse entdeckt, Verschwiegenheit erwarten und sogar fordern. Die Verpflichtung des Arztes dazu ist aber nur eine moralische und kann daher nicht weiter gehen, als die Pflicht jedes Nichtarztes, welchem von irgend einer Person ein Geheimniß unter dem Siegel des Stillschweigens anvertraut worden ist. So wie der letztere, so würde auch der erstere der allgemeinen bürgerlichen Zwangspflicht, auf Verlangen der Obrigkeit Zeugniß über seine Wissenschaft von der betreffenden Sache abzulegen, nachkommen müssen, und deshalb auch zur Zeugnißablegung gegen seinen Patienten verpflichtet sein, wenn ihn nicht der Staat von dieser Verpflichtung dadurch entbunden haben sollte, daß er ihm, wie dem Advocaten, Amtsverschwiegenheit auferlegt oder, wie bei dem Beichtvater, die diesem durch die Kirche auferlegte Amtsverschwiegenheit anerkannt haben würde. Dies ist nun wirklich in mehreren teutschen Staaten geschehen[161]). Findet sich nun in einem

---

159) Stegmann in derselben Zeitschrift Bd. 16, S. 450 flg.

160) Vgl. Spangenberg in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. 3, S. 71—83.

161) Das preuß. Landr. Th. II, Tit. 30, §. 505 untersagt Aerzten, Wundärzten und Hebammen, die ihnen bekannt gewordenen Gebrechen und Familiengeheimnisse, insofern es nicht Verbrechen sind, bei Vermeidung einer Geldstrafe von 5—10 Thalern zu offenbaren. Nach der Hildesheim. Medicinalordnung v. 13. Mai 1782 Cap. 2, §. 25 sollen Medicinae practici die ihnen entdeckten heimlichen Mängel und Gebrechen Niemanden offenbaren, und nach Cap. 5, §. 12 soll die Hebamme die bei einer Wöchnerin etwa besonders vorgefallenen Umstände Keinem, den es nicht angeht, bekannt machen. Nach der Lippischen Medicinalordnung v. 23. Februar 1789 Abschn. II, Cap. 2, §. 7 ist jeder Arzt gehalten, die ihm entdeckten heimlichen Mängel und Gebrechen eines Kranken und die etwaigen anderen besonderen bürgerlichen oder Familienumstände, deren Offenbarung dem Kranken oder seiner Familie auf irgend eine Weise zum Nachtheil gereichen könnte, zu verschweigen, außer wenn dadurch verborgene und dem Staate oder der Menschheit wichtige Verbrechen entdeckt werden könnten. Dieselbe Verpflichtung ist im Cap. 7, §. 5 den Wundärzten auferlegt; auch im Cap. 15, §. 14 bestimmt, daß in den Fällen, wo gegen Krankheiten, deren Bekanntmachung dem Kranken auf irgend eine Art nachtheilig werden könnte, Arzneien verordnet oder verfertigt werden, der Apotheker, Provisor, Gesellen und Lehrlinge die genaueste Verschwiegenheit beobachten sollen. Den Geburtshelfern ist im Cap. 19, §. 6, dieselbe Pflicht der Verschwiegenheit, wie den Aerzten und Wundärzten auferlegt, sowie endlich Cap. 19, §. 2 den Hebammen anbefiehlt, jede ihnen bekannt gewordene Leibeskrankheit oder Gebrechlichkeit einer Frauensperson nicht kund werden zu lassen, und alle wahrgenommenen bürgerlichen oder Familienverhältnisse einer Wöchnerin, deren Bekanntwerdung auf irgend eine Art nachtheilig werden könnte, genau verschwiegen zu halten. Die Salzburgische Dienstordnung für die praktischen Aerzte vom 1. Februar 1805 §. 20 macht es dem Arzte zur unerläßlichen Pflicht, die ihm von dem

Digitized by Google

Staate eine solche gesetzliche Bestimmung, worin dem Arzte, Wundarzte, der Hebamme u. s. w. eine solche Amtsverschwiegenheit auferlegt worden ist, oder ist solches durch einen gesetzlich vorgeschriebenen, von jenen Personen vor Ausübung ihrer Praxis abzuleistenden Diensteid geschehen, so sind diese Personen zu den bedingt unzulässigen Zeugen zu rechnen, und können deshalb nicht angehalten werden, ein Zeugniß gegen ihren Patienten abzulegen. Aber auch für den Patienten zu zeugen, können sie nicht gezwungen werden, weil bei ihnen dieselben Verhältnisse eintreten, wie bei dem Beichtvater und dem Advocaten. So wie diesen in Bezug auf das ihnen von ihren Beichtkindern und Clienten gewidmete Vertrauen Amtsverschwiegenheit auferlegt oder zugestanden worden ist, so ist es auch aus gleichem Grunde den Aerzten und den übrigen in den betreffenden Gesetzen getrennten einzelnen Personen, und so wie das Treuverhältniß, in welchem der Beichtvater zu seinem Beichtkinde und der Advocat zu seinem Clienten steht, Rücksichten genug darbietet, beide weder für, noch gegen das Beichtkind oder den Clienten als Zeugen zuzulassen, so bietet dasselbe Treuverhältniß, in welchem der Arzt zu seinem Patienten steht, eben diese Rücksichten dar. Manche [162]) wollen solchenfalls zwischen dem Beichtvater und dem Arzte noch den Unterschied machen, daß der erstere, als Zeuge vorgefordert, sich auf jeden Fall weigern müsse, ein Zeugniß abzulegen, weil selbst seiner freiwilligen Aussage keine beweisende Kraft zugestanden werden kann; wogegen es dem Arzte ebensogut wie dem Advocaten zustehe, das Zeugniß nicht zu verweigern, da, insofern keine Einwendungen gegen ihre Zulässigkeit von der einen oder anderen Partei erhoben werden, ihr freiwilliges Zeugniß allerdings vollen Glauben verdiene. Dieser Unterschied ist aber unbegründet [163]). Ist einmal gesetzlich den Aerzten die Pflicht der Verschwiegenheit auferlegt, und macht das Gesetz selbst keine Ausnahme, so darf auch der Arzt freiwillig über Gegenstände, die er geheim zu halten verpflichtet ist, kein Zeugniß ablegen. Eine andere Frage ist es, ob in den Staaten, in welchen weder das Gesetz, noch ein Diensteid den Arzt zur Verschwiegenheit verpflichtet, so daß es lediglich bei dem gemeinen Rechte bleibt, dem Arzte ein Recht zur Verweigerung des Zeugnisses für oder gegen seinen Patienten zugestanden werden könne? Diese Frage ist in der Regel zu verneinen nach dem allgemeinen Grundsatze, daß, in Ermangelung einer gesetzlich auferlegten Amtsverschwiegenheit, jene moralische Verpflichtung des Arztes durch seine bürgerliche Verpflichtung, als Unterthan des Staates, auf Verlangen der Obrigkeit, Zeugniß ablegen zu müssen, als aufgehoben zu betrachten sei. Aus-

---

Kranken entdeckten heimlichen Mängel und Gebrechen oder die ihm etwa bekannt gewordenen anderen oder Familienverhältnisse, deren Bekanntmachung dem Kranken oder seiner Familie zum Nachtheile gereichen könnte, streng zu verschweigen. Andere Gesetze führt an Spangenberg a. a. O. S. 74.

162) Spangenberg S. 75 flg.

163) Schmid, Handb. des Civilproc. Bd. 2, S. 238.

Digitized by Google

nahmsweise würde jedoch in dem Falle der Arzt vollkommen befugt sein, sich des Zeugnisses zu weigern, wenn zwar nicht in einem ihm von dem Staate abgenommenen Diensteide, wohl aber in seinem, bei seiner Promotion der Facultät abgeleistetem Doctoreide, die Verpflichtung zu einer solchen Verschwiegenheit ausgedrückt sein sollte. Denn, obgleich dieser Promotionseid nicht als vom Staate ausgegangen zu betrachten, und nicht demjenigen Eide gleichzustellen ist, durch welchen sich ein Staatsdiener gegen den Staat bei seiner Anstellung verpflichtet, so muß die von dem promovirten Doctor dadurch eingegangene Verpflichtung zur Verschwiegenheit dennoch von dem Staate, als von ihm selbst genehmigt, anerkannt werden, weil der Staat bei den Doctorpromotionen noch fortwährend den alten Eid auf die Bewahrung des Krankengeheimnisses richten läßt. Dasselbe ist auch dann anzunehmen, wenn der Arzt auf einer anderen, als der Landesuniversität, promovirt haben sollte, weil derjenige Staat, welcher ihn, ohne ihn mit einem besonderen Diensteide zu belegen, zur ärztlichen Praxis zuläßt, es eben dadurch anerkennt, daß er den von demselben abgeleisteten Doctoreid als genügend betrachte und ihn mithin darauf verwiesen haben wolle. Der zweite Punkt war: wieweit sich die ärztliche Pflicht der Verschwiegenheit erstrecke und welche Gegenstände dieselbe umfasse? Daß diese Verpflichtung nicht so weit ausgedehnt werden könne, wie bei dem Beichtvater, so daß der Arzt auch nicht verpflichtet sei, wahre Verbrechen, welche ihm durch das Verhältniß zu seinem Patienten bekannt geworden sind, zu verschweigen, liegt theils in der Natur der Sache, theils wird es in den in einer früheren Note angeführten Gesetzen, welche den Arzt und die ihm gleich gestellten Personen zur Amtsverschwiegenheit verpflichten, ausdrücklich verordnet. Dagegen ziehen aber jene Gesetze den Kreis der in jene Amtsverschwiegenheit fallenden Gegenstände bald enger, bald weiter. Enger, indem sie den Arzt und die ihm gleich gestellten Personen nur verpflichten, die ihnen bekannt gewordenen heimlichen Mängel und Gebrechen seiner Patienten nicht zu entdecken. Weiter, indem sie diese Amtsverschwiegenheit entweder auf die, durch jenes Verhältniß zu seinen Patienten, dem Arzte und jenen Personen etwa bekannt gewordenen Familienverhältnisse oder sogar auf alle, ihnen kund gewordene bürgerliche und Familienzustände, deren Bekanntmachung dem Kranken oder seiner Familie zum Nachtheile gereichen oder unangenehm sein könnte, erweitern. Diese Bestimmungen sind zum Theil sehr allgemein, so daß es fast ganz der Willkür des Arztes und jener Personen überlassen ist, worüber sie sich zu erklären befugt halten wollen oder nicht; man vermißt in der That bei diesen Verfügungen eine Grenze zwischen denjenigen Gegenständen, über welche der Arzt ein gerichtliches Zeugniß abzulegen schuldig sei oder nicht. Hält man sich an die Natur des Krankengeheimnisses selbst, so würde dessen Umfang lediglich darauf bezogen werden müssen, daß der Arzt weder die von dem Kranken ihm, unter dem Siegel der Verschwiegenheit anvertrauten körperlichen Ge-

Digitized by Google

brechen oder die Art der Krankheit, noch auch die ihm unter jenem Siegel kund gewordene Entstehung oder Veranlassung derselben entdecken darf, mithin derselbe nicht genöthigt werden kann, hierüber ein gerichtliches Zeugniß abzulegen. Weiter würde sich aber der Kreis der zu verschweigenden Gegenstände nicht ausdehnen lassen; es muß auch, bei dem Dasein der allgemeinen bürgerlichen Zwangspflicht zur Zeugnißablegung, die zu Gunsten des Arztes gemachte Ausnahme von dieser Verpflichtung, rechtlichen Grundsätzen nach, eher einschränkend als ausdehnend, erklärt werden. Der Arzt hat offenbar ein Recht, von seinem Kranken zu verlangen, daß dieser ihm die Veranlassung der Krankheit und die Ursachen, wodurch dieselbe entstand, entdeckte, selbst wenn sie ihm nicht freiwillig von dem Kranken mitgetheilt wurden; denn die Heilung der Krankheit wird in den meisten Fällen durch die Kenntniß ihrer Veranlassung und Ursachen bedingt sein. Waren nun diese Ursachen von solcher Art, daß der Kranke sie zu verheimlichen wünscht, um durch deren Bekanntwerden keinen Nachtheil zu erleiden, so ist der Arzt selbstverständlich zur Verschwiegenheit verpflichtet und darf bei Rechtsstreitigkeiten, welche daraus entstehen könnten, als Zeuge über das ihm kund gewordene Dasein solcher Veranlassungen und Ursachen oder über die Krankheit selbst sich vernehmen zu lassen, verweigern. Nicht aber dann, wenn er durch den Krankenbesuch sonstige Verhältnisse des Kranken in Erfahrung bringt, welche auf die Krankheit und deren Entstehung keinen Bezug haben und in Ansehung welcher er sich in dem Verhältnisse jedes anderen Augenzeugen oder Ohrenzeugen befindet; sollte auch die Bekundung der Wahrheit dieser Verhältnisse dem von ihm behandelten Kranken unangenehm oder nachtheilig sein. In diesem einschränkenden Sinne würde daher auch die Verfügung der gedachten Gesetze zu nehmen sein; auf jeden Fall aber um so mehr behauptet werden müssen, daß die eben erwähnten Grundsätze dann vorzugsweise ihre Anwendung finden müssen, wenn zwar dem Arzte durch die Gesetzgebung, durch den Diensteid oder durch seinen Doctoreid Verschwiegenheit zur Amtspflicht gemacht, die Grenzen derselben aber nicht ausdrücklich vorgeschrieben sind. Nach dem früher Bemerkten läßt sich die Amtsverschwiegenheit des Arztes selbst hinsichtlich derjenigen Gegenstände, welche offenbar in den Kreis derselben fallen, nicht auf ihm anvertraute oder bekannt gewordene Verbrechen ausdehnen. Daher kann die Weigerung des Arztes, sich über jene Gegenstände als Zeuge vernehmen zu lassen, nur bei Civilrechtsstreitigkeiten, in welchen er als Zeuge von einer der Parteien vorgeschlagen wird, zulässig sein, nicht aber bei Criminaluntersuchungen. Auch beschränkt sich die Weigerung des Arztes, in Fällen, welche zu seiner Amtsverschwiegenheit gehören, ein Zeugniß abzulegen, nur auf gerichtliche Zeugenvernehmungen desselben; sie ist aber keineswegs auf den Fall auszudehnen, wo der Richter das Gutachten des Arztes, als eines Kunstverständigen, erfordert. Beide Fälle sind nämlich wesentlich von einander verschieden und daher sorg-

Digitized by Google

fältig zu unterscheiden. Das Herbeiziehen von Kunstverständigen, sei es von richterlichen Amtswegen oder auf den Antrag der Parteien, setzt nämlich immer schon das Dasein bestimmter Thatsachen voraus, wogegen durch Zeugen das Dasein behaupteter Thatsachen erst ermittelt werden soll. Und nur bei dem Dasein schon bestimmt vorhandener und bereits ausgemittelter Thatsachen in einem Rechtsstreite, dessen Entscheidung eine Beurtheilung dieser Thatsachen nach den Regeln einer Wissenschaft oder Kunst voraussetzt, welche nicht zum Gebiete der Rechtswissenschaft gehört, ist eine kunstmäßige Beurtheilung derselben zu verfügen. Die zu diesem Behufe zugezogenen Kunstverständigen sind daher von Zeugen wesentlich verschieden. Niemals kann sich daher der Arzt weigern, unter dem Vorwande der ihm obliegenden Pflicht zur Amtsverschwiegenheit, sich als Kunstverständiger in einer seinen Patienten betreffenden Civil- oder Criminalsache herbeiziehen zu lassen. Er darf sich also z. B. nicht weigern, über die Reife eines Kindes, von welchem er die Mutter entbunden hat, wenn die Thatsache der Geburt von dieser Mutter selbst bereits bestimmt ausgemittelt worden ist und feststeht, ein Gutachten zu ertheilen, mögen auch die Folgen seines Ausspruches einen begangenen Fehltritt der Mutter enthüllen und dadurch also dieser Ausspruch seiner Patientin nachtheilig werden. e) Die Frage, ob Mandatare und Unterhändler zulässige Zeugen seien, ist bestritten [164]). Man stützt deren Unfähigkeit auf eine Digestenstelle [165]) und eine Novelle [166]). In der ersteren ist von executores negotiorum, deren Zeugniß unzulässig sei, die Rede. Es fragt sich, was man darunter zu verstehen habe. Der Ausdruck kommt zur Bezeichnung mehrfacher Verhältnisse vor. Er bezeichnet nämlich im Justinianeischen Codex dasselbe Verhältniß, welches nach dem Theodosischen durch intercessores angedeutet wird, worunter gewisse Gerichtsdeputirte, vor welchen einzelne Gerichtshandlungen vorgenommen werden, zu verstehen sind. Man behauptet, daß diese Gerichtsverfassung wahrscheinlich schon zur Zeit des Juristen Arcadius Charisius, aus dessen Schrift de testibus die fragliche Stelle entlehnt ist, angefangen, und dieser nicht executores negotiorum, sondern intercessores geschrieben, wofür dann Tribonian den ersteren Ausdruck gesetzt habe, wenn nicht der ganze letzte Satz in der Stelle ein Emblem sei [167]). Nach einer anderen technischen Bedeutung ist executor negotiorum soviel als apparitor, derjenige, welcher ein Urtheil vollstreckt [168]). Nimmt man den Ausdruck in diesem Sinne,

164) Vgl. darüber Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 4, S. 252. Glück S. 161. Linde in der Zeitschr. f. Civilr. und Proc. Bd. 1, S. 283 flg. Gesterding, Nachforschungen Bd. 4, S. 213 flg.

165) L. 25. D. 22. 5.: „Mandatis cavetur, ut Praesides attendant, ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicunt. Quod et in executoribus negotiorum observandum est."

166) Nov. 90. cap. 8.

167) Heffter, Institutionen des Civilprocesses S. 205, N. 20.

168) L. 13. §. 9. C. III. 1. L. 8. C. VII. 53. L. 15. §. 7. 8. 10. D. 42. 1.

Digitized by Google

ſo läßt ſich der Grund für die geſetzliche Beſtimmung nicht wohl einſehen. Denn das Treuverhältniß, in welchem der causarum patronus zu ſeinem Clienten ſteht, welches allerdings Rückſichten genug bietet, den Sachwalter weder für, noch gegen den Clienten zum Zeugniſſe zuzulaſſen, findet ſich bei einem executor negotiorum im angegebenen Sinne nicht. Das römiſche Recht erkennt im Gegentheil Richter als giltige Zeugen an, und rathet ihnen, in vorkommenden Fällen Zeugniß abzulegen[169]); nur muß der Richter freilich, wenn er die Wahrnehmung, worüber er Zeugniß geben will, nicht amtlich, ſondern als Privatperſon gemacht hat, und deshalb nicht öffentlichen Glauben für ſein Zeugniß verdient, dort, wo er als Privatperſon zum Zeugniß zugelaſſen wird oder zugelaſſen werden ſoll, aufhören, als Richter für die concrete Streitſache thätig zu ſein. Handelt Jemand im Auftrage des Staates als Beamter, ſo kann dieſe Stellung wohl einen Grund abgeben, ſeinen Glauben zu erhöhen, nicht aber denſelben gänzlich aufzuheben, wenn das Amt nicht von der Art iſt, daß der Beamte durch das Zeugniß ſich ſelbſt Vortheile, auf welche er, unter Vorausſetzung der Wahrheit der zu bezeugenden Thatſachen, rechtlich Anſprüche hätte, zuwenden würde; denn ſolchenfalls wäre er Zeuge in eigener Sache und deshalb unzuläſſig. Wenn man nun daraus, daß der Juriſt bei Gelegenheit, wo er bemerkt, daß Advocaten zum Zeugniß unfähig ſeien, auch Anwendung deſſelben Grundſatzes auf executores negotiorum lehrt, und keinen Grund der Gleichſtellung der handelnden Perſonen anführt, folgern darf, daß er gleichartige Verhältniſſe im Auge hatte, ſo ſcheint es am Natürlichſten, unter executores negotiorum jede Art von Geſchäftsführern zu verſtehen, welche, wenn ſie auch vom Staate zur Uebernahme von Privatgeſchäften ausdrücklich und vielleicht ausſchließlich im allgemeinen oder für den concreten Fall zur Geſchäftsführung autoriſirt ſind, doch, der Natur des Verhältniſſes nach, ſtets entweder ausſchließlich im Intereſſe eines Theiles handele oder, wo dieſes nicht der Fall iſt, zugleich ein eigenes Intereſſe wahrnehmen, und theils wegen Verantwortlichkeit, theils wegen zu erwartender Vortheile dabei betheiligt ſind, daß das Geſchäft als abgeſchloſſen, als unter beſtimmten Bedingungen zu Stande gekommen u. dergl. angenommen wird[170]). Iſt dieſe Erklärung der Digeſtenſtelle richtig, ſo folgt ſchon daraus, daß alle Arten von Geſchäfts-

169) L. 22. D. 22. 5.

170) Die byzantiniſchen Rechtsquellen geben keinen Aufſchluß über die Bedeutung von executores negotiorum. Die Baſiliken (21. 1. cap. 24.) drücken es durch *ἐκβιβάσας ἐν ὑποθέσει* aus, was man ebenſogut qui in lite executor fuit, als qui in causa (oder negotio) executor fuit, überſetzen kann. In der *ἑρμηνεία* der L. 25. D. 22. 5. (Sch. *Ὁ συνήγορος* Basil. Heimb. T. II. p. 401.) wird die Stelle ſo wiedergegeben: *Ὁ συνήγορος ἐν ᾧ συνηγορεῖ πράγματι, οὐ δύναται μαρτυρεῖν. [τὸ] αὐτό ἐστι καὶ ἐπὶ τῆς ὑποθέσεως τῶν ἐκβιβαστῶν* (l. *ἐπὶ τῶν ἐκβιβαστῶν τῆς ὑποθέσεως*). Die Verweiſung auf L. 16. C. IV. 20. bei Theodorus im Breviarium Novellarum Nov. 90. §. 14. trägt nichts zur Aufklärung der Sache bei.

führern und Mandatarien in Civilsachen nicht zum Zeugniß zugelassen werden dürfen. Sollte aber auch die Bedeutung von executores negotiorum zweifelhaft sein, so entscheidet doch die Nov. 90. cap. 8. für die Unzulässigkeit der Mandatarien und Unterhändler als Zeugen in den Sachen, welche durch sie vermittelt worden sind. In der Novelle ist von *μεσῖται* die Rede, was man durch mediatores übersetzt. Justinian sagt in der angeführten Stelle: „er habe ein Gesetz gegeben, wonach Jeder, wenn er auch nicht wolle, zum Zeugnisse solle genöthigt werden dürfen; davon seien aber die *μεσῖται* ausgenommen worden, welche nicht zur Zeugnißablegung genöthigt werden sollten. Da aber einige dieses Gesetz mißbrauchten und gar kein Zeugniß ablegen wollten, so verordne er: wenn beide Theile das Zeugniß des *μεσίτης* verlangten und mit dessen Aussage zufrieden sein wollten, so solle er, auch gegen seinen Willen, zur Ablegung des Zeugnisses genöthigt werden; denn der Grund, weshalb das frühere Gesetz den *μεσίτης* wider seinen Willen nicht habe zur Zeugnißablegung nöthigen lassen wollen, falle, wenn beide Theile das Zeugniß wünschten, hinweg. Der Kaiser nimmt also auf ein früheres Gesetz, wonach gegen den *μεσίτης* nicht unbedingt Zwang zur Zeugnißablegung angewendet werden sollte, Bezug. Linde[171]) hält nun die L. 25. D. 22. 5. für dieses frühere Gesetz. Allein, hätte der Kaiser diese Digestenstelle gemeint, so würde er sich anders ausgedrückt haben; seine Worte können offenbar nur davon verstanden werden, daß er selbst eine Constitution des angegebenen Inhaltes erlassen habe. Diese Constitution ist nun ohne Zweifel keine andere, als die in den Basiliken (XXI. 1. cap. 40.) erhaltene und daraus in unseren Ausgaben des Coder restituirte L. 16. C. IV. 20. Dies wird durch die in der vorigen Note angeführte Verweisung des Novellenepitomator Theodorus zu Nov. 90. cap. 8. auf L. 16. C. IV. 20. klar. Der in den Basiliken enthaltene Auszug der Coderstelle enthält zwar nichts davon, daß die *μεσῖται* nicht zum Zeugniß genöthigt werden sollen; allein die betreffende Stelle der Constitution ist ohne Zweifel in den Basiliken deshalb weggelassen worden, weil Nov. 90. cap. 8. sowie die ganze Novelle, mit Ausschluß des prooemium, in dieselben aufgenommen worden ist (XXI. 1. cap. 46.). Was nun die Bedeutung des Ausdruckes *μεσίτης* betrifft, so ist dieselbe nicht außer Zweifel. Die byzantinischen Juristen scheinen darüber selbst nicht einig gewesen zu sein, denn der Novellenepitomator Athonasius giebt in seinem Novellenauszuge den Inhalt der Nov. 90. cap. 8. so an: *Ὁ μέσος τοῖς μέρεσιν γενόμενος ἐκ συναινέσεως αὐτῶν καὶ ἄκων μαρτυρείτω*[172]). Theodorus hingegen giebt ihn so an: *Ὁ μεσάσας τισὶν ἐν πράγματι οὐ μαρτυρεῖ αὐτοῖς ἐν τῇ αὐτῇ ὑποθέσει, δηλονότι παρ' ἄλλῳ δικαστῇ, εἰ μὴ ἄρα συναινέσωσι τὰ β' μέρη τῇ μαρτυρίᾳ*

171) Linde a. a. O. S. 291.

172) Tit. V. const. 3. Heimbach, Anecd. T. I. p. 76. In ähnlicher Weise drückt sich Psellus, Syn. p. 434. 435. aus.

Digitized by Go

αὐτοῦ[173]). Ersterer versteht darunter einen Unterhändler, durch dessen Vermittelung Geschäfte abgeschlossen worden sind. Letzterer versteht darunter einen arbiter, Schiedsrichter, wie aus dem Zusatze: „δηλονότι παρ' ἄλλῳ δικαστῇ" hervorgeht, daher auch Zachariä von Lingenthal übersetzt hat: Qui arbiter inter aliquos de certa causa fuit etc. Die späteren byzantinischen Quellen tragen zum näheren Verständniß des Ausdruckes μεσίτης nichts bei. Die Erklärung des Theodorus wird aber dadurch zweifelhaft, daß μεσίτης sonst nicht in der Bedeutung von Schiedsrichter vorkommt, vielmehr arbiter sowohl in den Novellen (vgl. Nov. 82. cap. 11.), als in den Basiliken regelmäßig durch αἱρετὸς δικαστής ausgedrückt wird. Für ein Mißverständniß dieses Juristen spricht auch der Zusatz: δηλονότι παρ' ἄλλῳ δικαστῇ, zu welchem die Nov. 90. cap. 8. gar keine Veranlassung gab, indem davon, daß der μεσίτης bei einem anderen Richter als Zeuge angegeben werde, dort mit keinem Worte die Rede ist. Man muß also bei der ersten Bedeutung, wonach μεσίτης einen Vermittler, einen Unterhändler, dessen sich die Parteien zur Abschließung von Geschäften bedient haben, bezeichnet, stehen bleiben, und hiernach sind Mandatarien und Unterhändler, obiger gesetzlicher Bestimmung zufolge, in den Sachen, in welchen sie als Mittelspersonen gehandelt haben, zur Ablegung eines Zeugnisses unfähig, sofern nicht beide Theile ihr Zeugniß fordern. Dies ist auch die in der Praxis befolgte Ansicht. Bei Mandatarien insbesondre tritt noch als Grund der Unfähigkeit hinzu, daß, wenn über die Giltigkeit des von ihnen im Auftrage eines Anderen geschlossenen Geschäftes Streit entsteht und sie zum Zeugniß über die Modalitäten des Geschäftes benannt werden, sie ein eigenes Interesse an der Sache haben, weil sie, wenn sie das Geschäft dem erhaltenen Auftrag gemäß nicht abgeschlossen haben, Entschädigungsansprüche von Seiten des Mandanten zu befürchten haben. Selbst wenn der Gegner des Mandatars sie als Zeugen benennt, tritt nicht minder diese Rücksicht ein. f) Relativ unfähig zur Ablegung eines Zeugnisses sind ferner Personen, welche gegen den Producten eine Criminalanklage erhoben haben[174]). g) Diejenigen, welche bei dem Ausgange eines Rechtsstreites unmittelbar interessirt sind, gehören zu den relativ unfähigen Zeugen[175]). Dabei ist es gleichgiltig, ob das Interesse des Zeugen ein pecuniäres oder irgend ein anderes ist[176]). Eine sehr häufig vorkom-

---

173) Cf. Zachariae, Anecd. p. 91. num. 14.

174) Nov. 90. cap. 7.

175) L. 10. D. 22. 5.: „Nullus idoneus testis in re sua intelligitur." L. 10. C. IV. 20.: „Omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem iure submoverunt." Der Begriff der propria causa wird in L. 1. §. 11. D. 49. 4., freilich in Bezug auf die Appellationsfrist, die in causa propria 2 Tage, in causa aliena 3 Tage beträgt, dahin gegeben: „Et palam est, eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet."

176) Beyer, ordentl. Proceß §. 246.

mende und erſt in neuerer Zeit von Sell gründlich erörterte Frage iſt die: ob ein Mitglied einer Gemeinde in Proceſſen derſelben Zeuge ſein könne[177]). Die verſchiedenen Anſichten über dieſe Frage laſſen ſich in drei Hauptklaſſen zuſammenfaſſen. Nach der erſten Anſicht ſind Mitglieder einer universitas in Proceſſen der Gemeinde immer unfähige Zeugen, weil ſie immer ein Intereſſe am Ausgange des Rechtsſtreites haben, und können deshalb als Zeugen gar nicht zugelaſſen werden[178]). Nach einer zweiten Anſicht erſcheinen ſie nur dann als zuläſſige Zeugen, wenn alle anderen Beweismittel mangeln „in subsidium et ubi veritas aliter haberi non potest“[179]). Die meiſten Anhänger hat in älterer und neuerer Zeit die dritte Anſicht gefunden, daß Mitglieder einer Gemeinde in Proceſſen der letzteren nur dann als unfähige Zeugen zu betrachten ſeien, wenn ſie als Individuen unmittelbaren Vortheil oder Nachtheil von dem Ausgange des Rechtsſtreites zu erwarten haben, während man ſie im übrigen im allgemeinen als verdächtige Zeugen anſieht[180]). Specielle Quellenzeugniſſe, welche eine directe Entſcheidung dieſer Frage enthalten, fehlen im römiſchen Rechte ganz, und auch das kanoniſche Recht behandelt dieſelbe nur in beſonderer Beziehung zu Kirchen und Klöſtern, während die teutſchen Reichsgeſetze keine Anhaltspunkte dafür bieten. Bei dieſer Beſchaffenheit der Quellen iſt es um ſo wichtiger, die allgemeinen Grundſätze, welche hier zur Grundlage dienen müſſen, genau hervorzuheben. Der Grund für die Zeugnißunfähigkeit der Mitglieder einer Gemeinde in Proceſſen der letzteren wird allgemein darin gefunden, daß ſie am Ausgange des Rechtsſtreites der letzteren ein eigenes Intereſſe hätten, und deshalb die Regel über das Zeugniß in eigener Sache zur Anwendung kommen müſſe. Deshalb beruhen auch die verſchiedenen Anſichten über die Beantwortung der Frage lediglich darauf, wie man das Intereſſe des einzelnen Mitgliedes am Ausgange des Proceſſes der Gemeinde auffaßt. Der Grundſatz, daß Niemand Zeuge in eigener Sache ſein kann, iſt ſo natürlich, daß er in keinem poſitiven Rechte fehlen und meiſtens mit innerer Nothwendigkeit aus dem Leben ſelbſt durch Gewohnheit ſich bilden wird. Schon Cicero[181]) führt es als einen durch Gewohnheitsrecht eingeführten

177) Vgl. Sell, Jahrbücher Bd. 2, S. 148 flg., 252 flg., deſſen Ausführung hier zu Grunde liegt.

178) Die hauptſächlichſten Repräſentanten dieſer Anſicht ſind: Donellus, Comm. ad lib. 22. Digest. L. 10. de testibus. Leyser, Med. ad Pand. Sp. 283. med. 10. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 6, S. 271 flg.

179) Farinasius, de testibus Tit. VI. qu. 60. nr. 474—482. Donellus l. c. läßt hier nach dem kanoniſchen Rechte nur die Ausnahme zu, daß Ordens- und Weltgeiſtliche in Sachen ihres Kloſters und ihrer Kirche, in Ermangelung anderer Zeugen zugelaſſen werden ſollen, wenn ſie geſchworen haben, daß ſie nicht in eigener Sache (quasi non in re propria), ſondern in der Sache des Kloſters oder der Kirche Zeugniß ablegen.

180) Zahlreiche Vertheidiger dieſer Anſicht führt an Sell a. a. O. S. 150, Note 6.

181) Cicero, pro Roscio Amerino cap. 36.

Satz an, daß vornehme Männer in eigener Sache kein Zeugniß ablegen dürften. Derselbe Grundsatz, jedoch allgemein und ohne Beschränkung auf vornehme Männer, findet sich im römischen Rechte ausgesprochen [182]). Das kanonische Recht giebt die römischen Gesetzstellen wörtlich wieder [183]). Wenn man nun auf die angegebene Regel hin die Mitglieder einer Gemeinde in Processen der letzteren überhaupt für unfähige Zeugen erklärt, so ist diese Ansicht in solcher Allgemeinheit unbegründet. Dies zeigt eine genauere Betrachtung des rechtlichen Charakters der juristischen Person. Das römische Recht unterscheidet sehr scharf die juristische Person als solche von den einzelnen Mitgliedern derselben, als Individuen betrachtet. Nur die in der Idee gedachte (fingirte) Einheit macht bei der universitas das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten aus, während die einzelnen Mitglieder nach ihrer individuellen Rechtssphäre als dritte völlig getrennte Personen erscheinen. Dies zeigt sich bei Obligationenverhältnissen [184]), ebenso bei Sachenrechten, namentlich bei dem Eigenthum [185]). Am stärksten tritt der Gegensatz der universitas im Verhältniß zu dem einzelnen Mitgliede in einer Stelle Ulpian's über das fideicommissum hereditatis hervor [186]); denn hier besteht das Rechtsverhältniß allein zwischen der juristischen Person als dem verpflichteten Subject, und den einzelnen Mitgliedern als dem berechtigten Subject. Nach dieser Schilderung des Charakters einer juristischen Person, welcher durch so mannigfache Anwendungen in den Quellen sich zeigt, muß man im allgemeinen behaupten, daß Mitglieder einer universitas, allein als solche betrachtet, in Processen der Gemeinde nicht als Zeugen in eigener Sache erscheinen. Damit stimmt auch vollkommen die Legaldefinition der propria causa in den Quellen überein [187]). Denn vergleicht man mit der betreffenden Digestenstelle die vorhergehenden Quellenzeugnisse, welche größtentheils auch von Ulpian herrühren, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Rechtsstreit der universitas für das einzelne Mitglied nicht als propria, sondern als aliena causa erscheint, weil Vortheil und Nachtheil hier nicht auf das einzelne Mitglied suo nomine, sondern allein auf die von diesem ganz verschiedene unisitas, das ideale Ganze, sich bezieht. Das bisher aus allgemeinen Gründen Gefolgerte wird auch noch durch andere Quellenzeugnisse unterstützt, welche mit der bisher geschilderten Natur der universitas in enger Verbindung stehen und für unsere Hauptfrage eine sicher treffende

182) Vgl. die Stellen in N. 175.

183) Can. 3. §. 24. 39. Causa IV. qu. 2. 3.

184) L. 7. §. 1. D. 3. 4.

185) L. 6. §. 1. D. 1. 8.

186) L. 1. §. 15. D. 36. 1.: „Si autem collegium vel corpus sit, quod rogatum est restituere, decreto eorum, qui sunt in collegio vel corpore, in singulis, inspecta eorum persona, restitutionem valere: nec enim ipse sibi videtur quis horum restituere."

187) L. 1. §. 11. D. 49. 4. Vgl. N. 175.

Digitized by Google

Analogie bieten. In einer bereits angeführten Stelle (L. 6. §. 1. D. I. 8.) zieht Marcian unmittelbar nach den Worten, welche ſagen, Sachen der Städte, namentlich Sclaven, gehörten der juriſtiſchen Perſon, nicht den Einzelnen, den weiteren Schluß: „Et ideo tam contra civem, quam pro cive servum civitatis torqueri, Divi Fratres rescripserunt.“ Damit verbindet ſich eine Stelle Ulpian's[188]). Die Zeugniſſe der Sclaven in Criminalſachen hatten nach römiſchem Rechte nur dann Gewicht, wenn ſie in Folge der Folter abgelegt waren. Daher bedeutet der Ausdruck: die Sclaven könnten gefoltert werden, ſo viel als: ſie könnten Zeugniß ablegen. Sclaven waren nur in Bezug auf ihren Herrn unfähige Zeugen, ſowohl in Criminalſachen, als in Civilſachen[189]). Nicht unfähig waren aber nach den angeführten Stellen die Sclaven eines Municipiums oder einer Corporation in Beziehung auf die einzelnen Mitglieder der universitas, weil ſie nicht im Eigenthum der Einzelnen, ſondern im Eigenthum der universitas, als idealem Ganzen, ſtanden. Daß die angeführten Stellen zunächſt nur von der Zeugnißfähigkeit des Sclaven in Criminalſachen ſprechen, ſteht der Anwendung derſelben auf die Fähigkeit zum Zeugniß in Civilſachen nicht entgegen; denn jene enthält das Mehrere und Größere, woraus dieſe, als das Geringere, ſich von ſelbſt ergiebt; zumal da die in den Stellen angegebenen Gründe für die Zuläſſigkeit des Zeugniſſes der Sclaven in Civilſtreitigkeiten nicht weniger zutreffen, als in Criminalproceſſen. So hat man dann eine ganz nahe liegende Analogie für die eigentliche Frage; So wenig Antheil die einzelnen Mitglieder einer universitas an dem Eigenthum des Sclaven der Gemeinde haben, ſo wenig individuellen Antheil hat auch das einzelne Mitglied an dem Vermögen der universitas überhaupt; und: ſowie die Sclaven der Gemeinde Zeugniß gegen die einzelnen Mitglieder derſelben ablegen können, weil ſie nicht im Eigenthum dieſer einzelnen Mitglieder ſtehen; ebenſo kann auch umgekehrt das einzelne Mitglied der universitas in Proceſſen der letzteren Zeugniß ablegen, weil dieſes Zeugniß nicht das Recht oder die Pflicht des einzelnen Mitgliedes als ſolchen betrifft. Eine weitere Analogie, welche in den Quellen mit dem bisher erwähnten Falle der Zeugnißfähigkeit eines Sclaven in ſehr naher Verbindung ſteht, und auf demſelben allgemeinen Grunde beruht, findet ſich bei der in ius vocatio. Freigelaſſene konnten nämlich gegen den Patron ohne Erlaubniß des Prätor keine Klage erheben[190]). In Bezug auf Freigelaſſene von Municipien ſagen

188) L. 1. §. 7. D. 48. 18.: „Servum municipum posse in caput civium torqueri, saepissime rescriptum est, quia non sit illorum servus, sed reipublicae. Idemque in ceteris servis corporum dicendum est, nec enim pluriumservus videtur, sed corporis,“

189) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 16. §. 4. L. 1. §. 16. L. 9. §. 1. D. 48. 18. L. 8. C. IV. 20. L. 1. §. 1. D. 22. 5. L. 1. C. IX. 41. L. 7. D. 22. 3.

190) L. 4. §. 1. L. 8. §. 1. L. 10. 13. 24. 25. D. 2. 4. L. 3. §. 5. D. 22. 5.

Digitized by Google

Otto Hesse (1811–1874) war ein Schüler von Jacobi und Dirichlet. Seine Arbeiten zur Theorie der Kurven dritter Ordnung (1844) und zur Determinantentheorie (1855) sind grundlegend. Die Hessesche Normalform einer Geraden und die Hessesche Matrix sind nach ihm benannt. Er lehrte in Königsberg, Halle und München.

Ludwig Otto Hesse (1811–1874) was a student of Jacobi and Dirichlet. His work on the theory of curves of third order (1844) and on determinant theory (1855) is fundamental. The Hessian normal form of a straight line and the Hessian matrix are named after him. He taught in Königsberg, Halle and Munich.

Otto Hesse (1811–1874) war ein Schüler von Jacobi und Dirichlet. Seine Arbeiten zur Theorie der Kurven dritter Ordnung (1844) und zur Determinantentheorie (1855) sind grundlegend. Die Hessesche Normalform einer Geraden und die Hessesche Matrix sind nach ihm benannt. Er lehrte in Königsberg, Halle und München.

Ludwig Otto Hesse (1811–1874) war ein Schüler von Jacobi und Dirichlet. Seine Arbeiten zur Theorie der Kurven dritter Ordnung (1844) und zur Determinantentheorie (1855) sind grundlegend. Die Hessesche Normalform einer Geraden und die Hessesche Matrix sind nach ihm benannt. Er lehrte in Königsberg, Halle und München.

Otto Hesse (1811–1874) war ein Schüler von Jacobi und Dirichlet. Seine Arbeiten zur Theorie der Kurven dritter Ordnung (1844) und zur Determinantentheorie (1855) sind grundlegend. Die Hessesche Normalform einer Geraden und die Hessesche Matrix sind nach ihm benannt. Er lehrte in Königsberg, Halle und München.

in welchem die in der Note angeführte Stelle steht, als der ganze Inhalt der Stelle zeigen, daß darin die Frage behandelt wird, ob die Mönche den Zeugeneid ablegen dürfen; es ist also weniger von der Fähigkeit zur Ablegung eines Zeugnisses, als von der Erlaubniß, einen Eid zu leisten, die Rede. Mönche nämlich, und besonders die Benedictiner (das Kloster, an welches die fragliche Decretale gerichtet ist, war ein Benedictinerkloster) verweigerten den Eid, weil das Leisten eines Eides nicht allein gegen Christi Gebot, sondern auch gegen die Vorschriften der teutschen Kaiser und gegen die Ordensregel des heiligen Benedict verstoße[196]). Der Pabst erkennt nun in cap. 26. X. II. 24. das Verbot der heiligen Schrift vollkommen an, erklärt aber, daß dieses Verbot nicht sowohl gegen den Eid überhaupt gerichtet sei, als vielmehr dagegen, daß man ohne Noth aus freiem Willen Eide schwöre, und besonders gegen den Mißbrauch des Eides durch häufige Wiederholung. Da aber bei der Unvollkommenheit der menschlichen Verhältnisse der Eid als letztes Erforschungsmittel der Wahrheit nicht zu entbehren sei, so gestattet der Pabst (indulgemus) hier auch den Mönchen die Ableistung des Zeugeneides, wenn keine anderen Zeugen vorhanden sind (deficientibus aliis testibus), damit nicht die Rechte des Klosters wegen mangelnder Beweismittel verloren gehen sollten[197]). Faßt man nun cap. 26. cit. in dem angegebenen historischen Zusammenhange auf, so läßt sich höchstens behaupten, daß Mönche nur in Ermangelung anderer Zeugen in Processen ihres Klosters zum Zeugniß zugelassen werden; und zwar allein aus dem Grunde, um bei ihnen den Zeugeneid zu verhüten, wenn er nicht durch die Verhältnisse als nothwendig geboten erscheint; man kann die Vorschrift dieser Decretale aber weder auf Geistliche überhaupt (von welchen das kanonische Recht[198]) ja ausdrücklich das Gegentheil sagt), noch auf weltliche Gemeinden ausdehnen, weil der angegebene Grund, welcher die Entscheidung des Pabstes in Beziehung auf die Mönche veranlaßt hat, nach unseren Begriffen vom Eide weder bei Laien, noch bei Geistlichen im allgemeinen der Ablegung des Zeugnisses entgegenstehen wird. Es bleibt vielmehr die oben aufgestellte allgemeine Regel bestehen, daß Mitglieder einer universitas, an und für sich betrachtet, in Civilprocessen der Gemeinde weder unfähige noch verdächtige Zeugen sind, weil die individuelle Rechtssphäre des einzelnen Mitgliedes

---

cap. 26. fin. X. II. 24. (Innocenz III.): „Licet ergo debeatis esse viri perfecti, ut, quantum potestis, iuramenti vinculum evitetis: volentes tamen indemnitati vestri monasterii providere, ne propter defectum testium sui iuris sustineat laesionem: praesenti vobis pagina indulgemus, quatenus vos et monasterii vestri conversi possitis in causis eiusdem, deficientibus aliis testibus, pro ipso perhibere testimonium veritati." Vgl. Gonzalez Tellez, Comment. in cap. 6. X. de testibus nr. 8.

196) Gonzalez Tellez, Comment. ad cap. 26. X. de iureiurando not. e. nr. 4. 13. fin. Vgl. auch cap. 51. X. II. 20.

197) Vgl. auch cap. 39. und 51. X. II. 20.

198) Vgl. cap. 6. 12. X. II. 20.

Digitized by Google

von der juriſtiſch ganz verſchiedenen universitas als völlig getrennt erſcheint. So richtig nun auch dieſes Reſultat im allgemeinen iſt, und ſo wenig die Behandlung der vorliegenden Hauptfrage ohne ſcharfe Trennung des einzelnen Mitgliedes von dem idealen Ganzen der universitas eine ſichere allgemeine Grundlage gewinnen kann, ſo iſt doch auf der anderen Seite nicht zu überſehen, daß die Rechtsſphäre der Gemeinde als ſolcher und diejenige des einzelnen Mitgliedes, als Individuum, aus ganz natürlichen Gründen ſich ſo nahe berühren, daß ſie mannigfach in einander greifen und in vielfacher Wechſelwirkung zu einander ſtehen. Es ſind daher, wenn man auch die in dem Früheren gewonnenen Grundlage im allgemeinen feſthält, doch auch die aus dem erwähnten Wechſelverhältniß hervorgehenden Wirkungen genauer zu betrachten, um daraus die Frage zu beantworten: inwiefern Mitglieder einer universitas in Proceſſen der letzteren entweder als unfähige oder als verdächtige Zeugen erſcheinen? Bei Prüfung der Zuläſſigkeit und Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen kommt Alles darauf an, den Zeugen ſeinem ganzen Weſen nach zu betrachten, und nach dieſer ſeiner Totalität zu beurtheilen, ob er als claſſiſch erſcheine oder ob Gründe vorhanden ſind, warum er entweder gar nicht Zeuge ſein kann, weil ihm die erforderliche Fähigkeit zur Wahrnehmung fehlt, oder ſolche Gründe, aus welchen wegen der vermuthlichen Geſinnung oder Gemüthsſtimmung durchaus keine wahre Ausſage zu vermuthen iſt, oder wenigſtens Zweifel gegen die völlige Wahrhaftigkeit der Ausſage entſtehen. Hiernach iſt die poſitive Geſetzgebung nicht im Stande, in das Einzelne gehende Beſtimmungen über den Grad der Glaubwürdigkeit eines Zeugen im einzelnen Falle zu erlaſſen, ſondern ſie muß ſich damit begnügen, gewiſſe Grenzen zu ziehen und allgemein leitende Fingerzeige zu geben, welche bei Prüfung des einzelnen Falles dem Richter als allgemeine Richtſchnur dienen, welcher dann nach ſeinem vernünftigen Ermeſſen zu beurtheilen hat, ob und inwiefern der Zeuge im concreten Falle Glauben verdiene. Dieſer ſo natürliche Gedanke liegt auch den Vorſchriften des römiſchen Rechtes zum Grunde, welche ausdrücklich beſtimmen, der Richter müſſe ſelbſt zuſehen, welchen Totaleindruck die Zeugen auf ihn machten, welchen Grad von Glaubwürdigkeit deren Perſon verdiene und wie viel innere Wahrſcheinlichkeit deren Ausſagen enthalten; während durchgreifende geſetzliche Vorſchriften hier nicht gegeben werden könnten [199]). Das kanoniſche Recht ſtimmt auch hier wieder mit dem römiſchen vollſtändig überein und hat die Vorſchriften des letzteren beinahe wörtlich ſich angeeignet [200]). Zwar haben bei uns Doctrin und Praxis die geſetzliche Beweistheorie in mancher Hinſicht beſtimmter ausgebildet und dadurch dem freien richterlichen Ermeſſen

199) L. 3. §. 1. 2. D. 22. 5. Vgl. auch L. 3. pr. §. 3. 4. L. 2. 13. fin. L. 21. §. 3. D. eod.

200) Can. 3. §. 27. 28. vgl. mit pr. 1. 2. Causa IV. qu. 2. u. 3.

Digitized by Google

engere Grenzen gezogen, als dies im römischen Processe der Fall war; allein gerade bei dem hier in Frage stehenden Punkte ist es nicht wohl möglich, den Grundgedanken des römischen Rechtes, welcher ganz aus der Natur der Verhältnisse hervorgegangen ist, aufzugeben oder in seiner Anwendung wesentlich zu beschränken; denn sonst würde zu befürchten sein, daß die formelle juristische Wahrheit leicht der Stütze der materiellen Wahrheit entbehren, ja mit dieser sogar in directen Widerspruch treten könnte. Ist dies im allgemeinen richtig, so muß in Beziehung auf die vorliegende Frage dem richterlichen Ermessen die Beurtheilung überlassen werden, ob im einzelnen Falle das Mitglied der universitas nach seinem Verhältniß zur Gemeinde, sowie insbesondre zu der im Streite befangenen Sache, entweder überhaupt juristischen Glauben verdiene, oder welcher Grad von Glaubwürdigkeit ihm beizumessen sei. Unter den Gründen, welche nach den Gesetzen die Glaubwürdigkeit des Zeugen schwächen, kommt hier vorzüglich das Interesse in Betracht, welches das einzelne Mitglied als Individuum an dem Ausgange des Processes der Gemeinde hat. Da nun die beiden an sich zwar getrennten Persönlichkeiten doch so nahe sich berühren, daß das Interesse beider vielfach mit einander verwebt ist: so kann man von vorn herein eine völlig unbefangene Gesinnung des einzelnen Mitgliedes nicht vermuthen und demgemäß vollständige Glaubwürdigkeit des Zeugen im allgemeinen nicht wohl annehmen. Für die vorstehende, schon durch allgemeine innere Gründe hinreichend unterstützte Ausführung sprechen auch Gesetzstellen, welche hier entsprechende Anhaltspunkte liefern, und worin namentlich, trotz der ausdrücklich anerkannten Verschiedenheit der individuellen Persönlichkeit des einzelnen Mitgliedes von dem Ganzen der universitas, doch das enge Ineinandergreifen der materiellen Interessen beider hervorgehoben wird [201]). Sowie nun in den beiden letzten der in der Note angeführten Stellen ein rechtliches Interesse für die Stadtgemeinde angenommen wird, wenn ihr etwas zum Besten der einzelnen Bürger oder eines Theiles derselben vermacht worden ist; so kann man auch umgekehrt im Geiste des Gesetzes ein Interesse des einzelnen Bürgers an demjenigen annehmen, was die Gemeinde als solche angeht: ganz abgesehen davon, was zunächst zum Vortheil der einzelnen Bürger gereicht. Geht man zur Anwendung der vorher aufgestellten allgemeinen Grundsätze über, so ist zuvörderst zu bemerken, daß in Bezug auf die Glaubwürdigkeit der Mitglieder einer universitas als Zeugen in Processen der Gemeinde verschiedene Grade sich unterscheiden lassen, welche von völliger Unfähigkeit und Unzulässigkeit zu immer höherer Glaubwürdigkeit sich erheben, ja bis zu völliger Glaubwürdigkeit aufsteigen können. Diese Stufenfolge bestimmt sich in umgekehrtem Ver-

201) Dahin gehört L. 2. §. 2. D. 43. 8. (Ulpian); ferner L. 122. D. 30. (Paulus), worin die mancherlei Wechselwirkungen, in denen das Interesse einer Stadtgemeinde mit dem der einzelnen Mitglieder steht, durch einzelne Beispiele klar hervortreten; endlich L. 117. D. 30. (Marcian).

Digitized by Google

hältniß nach dem Maße des Intereſſes, welches das einzelne Mitglied der Gemeinde für ſeine Perſon an dem Ausgange des Rechtsſtreites der universitas hat; denn je größer dieſes Intereſſe, deſto geringer die Glaubwürdigkeit. Ein ſolches Intereſſe kann aber ein materielles oder ökonomiſches, pecuniäres ſein, wenn der Ausgang des Proceſſes auf die Vermögensverhältniſſe des einzelnen Mitgliedes zurückwirkt, was entweder unmittelbar oder nur mittelbar geſchehen kann; es kann aber auch ein ſolches Intereſſe, ganz abgeſehen vom reellen oder materiellen Vortheil oder Nachtheil, allein in rein perſönlicher Zuneigung und Vorliebe zur universitas beſtehen, es kann ein rein ideelles ſein, in der Art, wie in den Geſetzen Gunſt und Freundſchaft als Grund zur Schwächung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen im allgemeinen betrachtet wird. Bei dem materiellen Intereſſe kommt es gar nicht darauf an, ob die Vorſtellungen des einzelnen Mitgliedes von dem etwa zu hoffenden Gewinne oder dem zu fürchtenden Schaden an ſich richtig ſind oder nicht; denn auch irrige Vorſtellungen ſind ſo gut ein Beweggrund für menſchliche Handlungen, wie richtige; und deshalb kommen die erſteren bei Betrachtung der ganzen Individualität des Zeugen, welche für deſſen Glaubwürdigkeit maßgebend iſt, ebenſo in Betracht, wie die letzteren. Die bisher angedeuteten allgemeinen Geſichtspunkte können bei Beurtheilung der einzelnen Fälle als leitende Fingerzeige gelten, und enthalten zugleich die einzelnen Eintheilungsglieder für das Folgende, bei dem man von der Zeugnißunfähigkeit aufwärts ſteigt. aa) Fälle, in welchen Mitglieder einer Gemeinde in Civilſtreitigkeiten der Gemeinde als unfähig erſcheinen. Im römiſchen Rechte iſt kein Fall einer ſolchen Unfähigkeit hervorgehoben; dennoch giebt es leitende Grundſätze, welche ſich aus römiſch-rechtlichen Vorſchriften ergeben. α) Hat nämlich in einem beſtimmten Rechtsſtreite der Corporation das einzelne Mitglied, welches Zeugniß ablegen ſoll, für ſeine Perſon ein unmittelbares individuelles ökonomiſches Intereſſe an dem Ausgange des Proceſſes, ſo muß dieſes Mitglied als gänzlich unfähiger Zeuge erſcheinen und als ſolcher verworfen werden, freilich nicht wegen der Eigenſchaft als Mitglied der Corporation an ſich, ſondern wegen des aus dieſer Eigenſchaft hervorgehenden Intereſſe für das Individuum. In dieſer letzteren Beziehung tritt das Verbot des Zeugniſſes in eigener Sache ein. Dahin gehören gerade mehrere der in L. 122. D. XXX. erwähnten Fälle. Wenn nämlich einer Stadtgemeinde eine beſtimmte Summe zur Vertheilung unter die einzelnen Bürger vermacht wird, und über dieſes Vermächtniß ein Proceß entſteht, ſo haben ſämmtliche Bürger der Stadt ein individuelles Intereſſe an dem Ausgange des Rechtsſtreites, weil hier offenbar nach der Legaldefinition eine propria causa vorhanden iſt, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet [202]). Das Gleiche gilt in dem zweiten Falle der ange-

202) L. 1. §. 11. D. 49. 4.

Digitized by Google

führten Stelle, wenn eine der Stadt hinterlassene Summe unter gewisse Classen der Bürger, z. B. unter die Armen, Kranken u. s. w. vertheilt werden soll. Hier sind diejenigen Bürger, welche in die betreffende Classe gehören, gänzlich unfähige Zeugen. Diese Beispiele lassen sich leicht vermehren. Da das Criterium leicht zu finden ist, so genügt es, folgende hervorzuheben. Wird nämlich um eine Weidegerechtigkeit, Fischereigerechtigkeit, um ein Beholzungsrecht, ein Jagdrecht u. s. w. einer universitas gestritten und die Berechtigung ist von der Art, daß an deren Benutzung alle Mitglieder der Corporation verhältnißmäßigen Antheil nehmen, z. B. bestimmte Stücke Vieh auf die Weide treiben, selbst die Fischerei und Jagd in einem bestimmten Verhältniß zu eigenem Vortheil ausüben, oder in demselben Maße Holz lesen oder schlagen dürfen, oder, wenn aus dem im Streite befangenen Gemeindewalde jährlich eine bestimmte Quantität Holz unter die einzelnen Mitglieder vertheilt wird u. dergl. — in allen diesen Fällen sind aus den angegebenen Gründen entweder alle Mitglieder, oder diejenigen, welchen der fragliche Nutzen unmittelbar zu Gute kommt, völlig unfähige und verwerfliche Zeugen. Dasselbe tritt aus gleichen Gründen bei Processen einer Gemeinde über die Flurgrenze bei denjenigen Gemeindegliedern ein, für welche die Flurgrenze der Gemeinde zugleich auch die Grenze ihrer anliegenden Privatgrundstücke bildet[203]). Nicht minder müssen dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, wenn z. B. die Gemeinde um eine gewisse Summe belangt wird, welche wegen mangelnden Gemeindevermögens im Falle des Unterliegens im Processe unmittelbar durch Beiträge der einzelnen Mitglieder gedeckt werden muß, oder wenn die Proceßkosten in diesem Falle unmittelbar von den einzelnen Gemeindegliedern bestritten werden müssen. Ob der aus dem Rechtsstreite für das einzelne Mitglied hervorgehende individuelle Vortheil oder Nachtheil groß oder gering ist, kann im allgemeinen keinen Unterschied machen; denn theils ist gering und groß ein relativer, schwer festzustellender Begriff, theils kann auch bei einem an sich geringfügigen Gegenstande die Leidenschaft in einem ebenso hohen Grade aufgeregt sein, wie bei dem bedeutendsten Streitgegenstande. Das Entscheidende bleibt hier immer, daß die Gesetze den Zeugen in eigener Sache unbedingt als gänzlich unfähig vom Zeugniß ausschließen, ohne zwischen dem größeren und geringeren Werthe des Streitgegenstandes zu unterscheiden, ja daß nach dem schon angegebenen Zeugniß des Cicero[204]) bei den Römern das Verbot des Zeugnisses in eigener Sache durch die Sitte auch auf die geringfügigsten Streitsachen erstreckt worden ist. „More maiorum comparatum est, ut in minimis rebus homines amplissimi testimonium de sua re non dicerent.“ β) Einen zweiten Haupt-

203) Hierher gehören die zahlreichen von Sell in den Jahrbüchern Bd. 2, S. 150, N. 6 angeführten Schriften.

204) Cicero, pro Roscio Amerino cap. 36.

Digitized by Go

fall der Zeugnißunfähigkeit des Mitgliedes einer universitas erwähnt das kanonische Recht [205]). Aus der in der Note angeführten Stelle geht hervor, daß diejenigen Mitglieder einer Kirche, welche im Auftrage der anderen Mitglieder die Führung des Processes übernommen hatten, als unfähige und unzulässige Zeugen erscheinen, sowie diese Stelle auch weiter zur Unterstützung der oben entwickelten Ansicht dient, daß nach kanonischem Rechte Mitglieder einer Gemeinheit an und für sich in Processen der letzteren nicht vom Zeugniß ausgeschlossen sind. Nur die Frage ist noch besonders hervorzuheben, ob die Vorschrift dieser Stelle in Bezug auf die Zeugnißunfähigkeit allein auf Kirchen und verwandte kirchliche Institute anwendbar, oder ob ihr allgemeine Anwendbarkeit auf alle Arten der universitas beizulegen sei. Das letztere ist wohl das Richtigere; denn es liegt ganz natürlich in dem Begriffe eines Zeugen und wird in den Quellen ausdrücklich vorgeschrieben [206]), daß der Zeuge eine dritte von der Partei verschiedene Person sein muß. Wer nun aber selbst die Parteirolle im Processe übernimmt, dessen Aussage wird, sobald sie zu seinen Gunsten spricht, gar keine Glaubwürdigkeit beigelegt und die Aussagen zum Nachtheil können nur als Geständniß, nicht aber als Zeugniß in Betracht kommen. Dem Gesagten entspricht auch vollkommen, daß Advocaten nach römischem, wie nach kanonischem Rechte, in den von ihnen geführten Processen überhaupt nicht als Zeugen zugelassen werden, selbst wenn sie an dem Streitgegenstande gar kein individuelles Interesse haben, also weit weniger dabei betheiligt sind, als diejenigen Mitglieder einer Gemeinheit, welche die Führung des Rechtsstreites dieser letzteren übernommen haben. Die Vorschrift des cap. 6. X. II. 20. ist demnach nur der Ausfluß eines ganz allgemeinen Grundes, welcher bei jeder Art der universitas in gleichem Maaße gilt. Deshalb müssen jedesmal diejenigen Mitglieder der Gemeinheit, welche im Auftrage der übrigen oder für die übrigen die Führung des Processes der Gemeinheit übernommen haben, schon deshalb gänzlich unfähige Zeugen sein. Welche Mitglieder die angegebene Function haben, muß sich in jedem einzelnen Falle zeigen. Es werden z. B. entweder gewisse Mitglieder im Namen und Auftrage der Gemeinheit selbst vor Gericht erscheinen, um die Parteirolle zu übernehmen, oder sie werden, wenn der Proceß durch einen Sachwalter geführt wird, dessen Vollmacht unterzeichnen. Bei einer sogenannten universitas ordinata wird gewöhnlich der Vorstand oder wohl auch gewisse Glieder desselben den Proceß der Gemeinheit in deren Namen entweder selbst führen oder durch einen Anwalt führen lassen, und im letzteren Falle dessen Vollmacht unterzeichnen. Ist aber die Gemeinheit eine sogenannte universitas inordinata und sind nicht bestimmte Mitglieder von den übrigen

---

205) Cap. 6. X. II. 20. (Eugen III.)

206) Can. 1. 2. Causa 4. qu. 1. Can. 1. Dist. 89. Can. 38. Causa 16. qu. 1. Arg. L. 13. §. 4. fin. D. 36. 1. L. 9. pr. D. 2. 14. L. 14. C. I. 51.

Digitized by Google

mit der Führung des Processes beauftragt, oder haben bei einer universitas ordinata alle Mitglieder derselben sich in gleicher Weise betheiligt, z. B. es haben alle Mitglieder die Vollmacht für den Anwalt unterzeichnet: dann sind consequent auch sämmtliche Mitglieder schon aus diesem Grunde unfähige und unzulässige Zeugen, weil sie sämmlich die eigentliche Partei im Processe ausmachen, ganz anders, wie in dem Falle des cap. 6. cit., worin ausdrücklich vorausgesetzt wird, daß nicht alle Mitglieder der Kirche in gleicher Weise bei der Proceßführung betheiligt sind, sondern daß sie Einen oder Zwei aus ihrer Mitte mit dieser Führung beauftragt haben. Die Fähigkeit und Glaubwürdigkeit der anderen Gemeinheitsglieder, welche an der Führung des Processes nicht in der angegebenen Art Theil nehmen, bestimmt sich natürlich ganz nach allgemeinen Grundsätzen, da bei ihnen nur der bisher unter β gedachte specielle Unfähigkeitsgrund wegfällt. bb) Tritt keiner der unter aa erwähnten Fälle ein; ist also namentlich das Privatinteresse der einzelnen Mitglieder als Individuen mit dem Interesse der Gemeinheit nicht identisch: dann macht sich wieder der allgemeine Grundsatz der juristischen Trennung beider Persönlichkeiten geltend. Die einzelnen Mitglieder als solche erscheinen demnach in Processen der Gemeinheit nicht als Zeugen in eigener Sache und können deshalb auch im allgemeinen nicht als unfähige Zeugen von der Abhörung ausgeschlossen werden. Sind sie aber nicht wegen Unfähigkeit von der Abhörung ausgeschlossen, dann kommt Alles auf die Einwendungen an, welche der Proceßgegner gegen die Glaubwürdigkeit der vorgeschlagenen Zeugen und gegen deren Aussagen erhebt. Werden keine solchen Einwendungen vorgebracht und leiden auch die Aussagen an keinem offenbaren Mangel der Glaubwürdigkeit, so betrachtet der Richter den Zeugen formell als vollkommen glaubwürdig. Sind Einwände gemacht worden, dann hat der Richter nach den oben angegebenen allgemeinen Grundsätzen den Grad der Glaubwürdigkeit des Zeugen seinem ganzen Wesen nach zu prüfen und daraus das Resultat zu ziehen, welchen Glauben das fragliche Mitglied der Gemeinheit hinsichtlich seiner Person und Aussage verdient. Es lassen sich nur allgemeine leitende Gesichtspunkte für das richterliche Ermessen angeben. Als solche sind auch die folgenden Bemerkungen zu betrachten. Man schließt sich dabei an die oben angedeuteten Modificationen an, in welchen das Interesse des einzelnen Mitgliedes am Ausgange des Processes der Gemeinheit sich darstellen kann, weil die Beschaffenheit dieses Interesse den Grad der Glaubwürdigkeit auch hier bestimmt. Es bleibt nur noch übrig, das mittelbare materielle oder ökonomische Interesse nach seinen Wirkungen auf die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses der Gemeinheitsmitglieder zu betrachten. Ein mittelbares materielles Interesse des einzelnen Mitgliedes am Ausgange des Rechtsstreites der Gemeinheit läßt sich hier leicht denken. Als Stützpunkt dient hier wieder die schon erwähnte L. 2. §. 2. D. 48. 8. In dem dortigen Ausspruche Ulpian's

Digitized by Google

ist die Grundlage für die Beurtheilung der hierher gehörigen Fälle enthalten. So wie nämlich öffentliche Orte, obgleich sie unmittelbar im Eigenthum der Gemeinheit sind, doch (mittelbar) zum Nutzen der Privatpersonen dienen, so kann man auch consequent daraus weiter folgern, daß in vielen Fällen bei Processen um ein Vermögensrecht der Gemeinheit der Ausgang des Rechtsstreites mittelbar auf den Privatnutzen der einzelnen Mitglieder zurückwirkt, auch wenn diese für ihre Person nicht gerade einen bestimmten unmittelbaren Antheil an der Benutzung haben. Dies wird dann auch vollkommen durch die Natur der hier einschlagenden Verhältnisse bestätigt. Nach der Erfahrung wird der Umstand, ob Jemand Mitglied einer vermögenden oder armen Gemeinheit ist, schon im allgemeinen hinsichtlich des Privatvortheils des einzelnen Gemeinheitsgliedes sehr fühlbar. Man denke nur an die Gemeindelasten, an die Abgaben an die Gemeinde, wenn dieselbe vermögenslos ist, im Gegensatze von den Vortheilen, welche aus einem bedeutenden Vermögen der Gemeinde für das einzelne Mitglied sich ergeben können. Darum kommt der Ausgang eines Processes der Gemeinheit um ein Vermögensrecht gewöhnlich mittelbar dem einzelnen Mitgliede als Individuum zu Gute, oder gereicht ihm mittelbar zum Nachtheil. Denn das Wachsen oder die Erhaltung des Gemeinheitsvermögens kann die Beiträge der einzelnen Mitglieder der Gemeinheit zur Erreichung des Gemeinheitszweckes leicht vermindern oder die Aussicht auf Vortheile steigern. Entlehnt man aus der schon oben mitgetheilten L. 122. D. 30. den Fall, wenn einer Stadt eine bestimmte Summe zur Unterstützung der hülfsbedürftigen Klasse der Bürger vermacht wird, so hat gewiß in der Regel auch jeder nicht zu dieser Klasse gehörige Bürger ein mittelbares materielles Interesse daran, daß dieser Zuwachs des Gemeindevermögens sich verwirkliche; weil, wenn derselbe entgeht, die zu diesem Zwecke erforderliche Summe entweder durch Abgaben der einzelnen bemittelten Bürger aufzubringen ist, oder der Theil des Gemeindevermögens, welcher zur Bestreitung dieses Bedürfnisses verlangt wird, der Verwendung zu anderen gemeinnützigen Zwecken, woran jedes Mitglied Theil nimmt, entzogen wird. Das Gleiche gilt bei Processen, von deren Ausgange die Errichtung, Erhaltung, Verbesserung oder Erweiterung gemeinnütziger Anstalten für bestimmte Klassen der Gemeindeangehörigen abhängt, wie Armenhäuser, Waisenhäuser, Hospitäler u. s. w.; oder Anstalten zur Beförderung der Künste und Wissenschaften, wie Bibliotheken, Kunstsammlungen u. s. w.; oder zur Unterhaltung und zum Vergnügen, wie Theater u. s. w.; oder noch allgemeiner bei solchen Anstalten, deren Nutzen in größerem Umfange wirkt, wie Kirchen, Schulen, Straßen, öffentliche Plätze u. dergl. Oder endlich, wenn z. B. eine Gemeinde oder Corporation um einen Gemeindewald, eine Gemeindewiese, um Grundstücke, Gebäude der Gemeinheit, oder um Gemeindenutzungen, wie Zehnten, Renten u. s. w. streitet, deren Ertrag in die Gemeindekasse fließt und zu Gemeindezwecken verwendet wird: so liegt

Digitized by Google

auch hier wieder das mittelbare materielle Intereſſe nicht ferne, weil auch hier, wenn die Gemeinheit den fraglichen Gegenſtand nicht erſtreitet oder den früher beſeſſenen verliert, dadurch die Abgaben für die Gemeinheit leicht ſich erhöhen können[207]). Daſſelbe läßt ſich auch bei Streitigkeiten um die Flurgrenzen einer Gemeinde denken, wenn von deren Ausgange das Gemeindegebiet einen Zuwachs oder Abgang, alſo das Gemeindevermögen eine Vermehrung oder Verminderung zu erwarten hat. Es fragt ſich aber: wie iſt in dieſen Fällen des mittelbaren materiellen Intereſſes des einzelnen Gemeinheitsgliedes deſſen Glaubwürdigkeit zu beſtimmen? Gerade hier weichen die Anſichten hauptſächlich von einander ab. Während die gewöhnliche Meinung im allgemeinen bloße Verdächtigkeit bei dem Gemeinheitsgliede annimmt[208]), läßt eine andere Anſicht völlige Zeugnißunfähigkeit eintreten[209]), und eine dritte betrachtet gerade entgegengeſetzt die Mitglieder hier als fähige Zeugen[210]). Specielle Quellenzeugniſſe fehlen; es laſſen ſich aber Analogieen finden, woraus jedoch nach der einen, wie nach der anderen Seite hin entgegengeſetzte Folgerungen ſich ziehen laſſen. Daher auch der Widerſtreit der Anſichten. Der richtigſte Weg iſt, die verſchiedenen Aeußerungen der Quellen durch Combination mit einander zu vereinigen und daraus das Reſultat zu ziehen. Auf der einen Seite enthalten die Digeſten[211]) über die Zuläſſigkeit der Zeugen die allgemeine Vorſchrift: „... si careat suspicione testimonium vel propter personam, a qua fertur, quod honesta sit, vel propter causam, quod neque lucri, neque gratiae, neque inimicitiae causa sit, admittendum est“[212]), und übereinſtimmend damit ſagt (Cicero[213]): „Qui ob aliquod emolumentum suum cupidius aliquid dicere videntur, iis credi non convenit.“ Auf der anderen Seite wird aber das blos mittelbare Intereſſe im römiſchen Rechte gar nicht beachtet, namentlich in Einem Falle des Zeugniſſes. Während nämlich der Erbe, als directer Univerſalſucceſſor, bei Errichtung eines Teſtamentes völlig unfähiger Zeuge iſt[214]), gelten Legatare und Fideicommiſſare, obgleich dieſe bei Aufrechthaltung des Teſtamentes weſentlich

---

207) Würden hier im Falle des Verluſtes des Proceſſes deſſen Gegenſtand oder die Koſten ſofort unmittelbar durch Beiträge oder Abgaben der einzelnen Mitglieder beizubringen ſein, ſo müßte wieder wegen des unmittelbaren materiellen Intereſſe völlige Zeugnißunfähigkeit der einzelnen Mitglieder eintreten.

208) Dahin gehören im allgemeinen die bei Sell, Jahrbücher Bd. 2, S. 150, N. 6 angeführten zahlreichen Schriften.

209) Hierher gehörten die bei Sell a. a. O. S. 149, N. 4 angeführten Schriften.

210) Z. B. Gonzalez Tellez, Comm. in can. 6. X. de testibus nr. 7.

211) L. 3. pr. i. f. D. 22. 5.

212) Dieſe Stelle findet ſich wörtlich wieder in can. 3. §. 2. i. f. Causa IV. qu. 2. u. 3.

213) Cicero, pro Fonteio cap. VIII. §. 17.

214) §. 10. Inst. II. 10.

Digitized by Google

betheiligt sind, als völlig zulässige und glaubwürdige Testamentszeugen[215]). Ja es können sogar sämmtlichen Testamentszeugen (illis, qui testamentum signaverint) Legate im Testamente giltig hinterlassen werden[216]). Die betreffenden Stellen reden zwar von Solennitätszeugen, nicht von Beweiszeugen; allein was von den Ersteren gilt, muß auch von den Letzteren gelten, da bei mündlichen Testamenten die Zeugen auch über den Inhalt des Testamentes vernommen werden müssen. Damit verbindet sich eine zweite Analogie nach dieser Richtung hin, welche sich aus L. 1. pr. D. XXVI. 8. von Ulpian ableiten läßt, worin ausdrücklich gesagt wird, daß bei der auctoritatis interpositio des Tutor die mittelbare Folge derselben, deren Wirksamkeit nicht aufhebe. Eben dasselbe sagt derselbe Jurist in einer anderen Stelle[217]). Legt man nun bei Beantwortung obiger Frage allein die Analogie der ersten oben mitgetheilten Stellen zu Grunde, so gelangt man hier natürlich zur gänzlichen Unfähigkeit des Zeugen; folgt man dagegen ausschließlich der Analogie der anderen Stellen, so ergiebt sich als Resultat das directe Gegentheil, die Vollgiltigkeit der Zeugen. Allein jede dieser einseitigen Analogieen ist eben wegen dieser Einseitigkeit verwerflich; vielmehr müssen alle Aeußerungen der Quellen nach dieser, wie nach jener Seite hin vollständig beachtet, und daraus muß mit Zugrundlegung der rechtlichen Natur des concreten Verhältnisses die richtige Mitte gefunden werden. Was die zuerst angeführten Stellen der Quellen anlangt, welche für gänzliche Zeugnißunfähigkeit der Gemeinheitsglieder zu sprechen scheinen, so enthalten diese nur ganz allgemeine Aussprüche, welche erst durch Vergleichung mit anderen specielleren Bestimmungen hier ihre eigentliche Anwendbarkeit finden können. Ueberhaupt ist, wie schon angedeutet wurde, die Beweistheorie des römischen Processes im allgemeinen, und insbesondere in Bezug auf die heutige scharfe Unterscheidung zwischen unfähigen und blos verdächtigen Zeugen nicht so genau ausgebildet, als dies in der Doctrin und Praxis unserer Zeit der Fall ist. Geht man aber von dieser neueren scharfen Unterscheidung zwischen gänzlich unfähigen und blos verdächtigen Zeugen aus, so fällt zunächst der Unterschied zwischen unmittelbarem und blos mittelbarem Interesse, welches ein Mitglied der Gemeinheit an dem Ausgange des Processes dieser letzteren hat, in das Auge: das unmittelbare Interesse hat gänzliche Unfähigkeit zur Folge, weil hier das specielle Verbot des Zeugnisses in eigener Sache eingreift; gegen dieses unmittelbare Interesse steht das blos mittelbare um Einen Grad weiter zurück. Wollte man nun beide auf gleiche Linie stellen, indem man ohne Unterschied bei beiden gänzliche Unfähigkeit zum Zeugniß eintreten ließe: so würde man dadurch nicht allein gegen das in der Natur der Sache liegende Verhältniß, sondern

215) §. 11. Inst. II. 10. L. 20. pr. D. 28. 1. L. 22. C. VI. 23.
216) L. 14. D. 34. 5. L. 3. §. 3. Th. C. IV. 4.
217) L. 7. pr. D. 26. 8.

Digitized by Google

auch gegen eine Reihe allgemein angenommener Unterscheidungen zwischen Unfähigkeit und bloßer Verdächtigkeit verstoßen, welche mit der hier in Frage stehenden auf gleichem oder wenigstens ganz ähnlichem Grunde beruhen. So läßt man heutzutage bei der Verwandtschaft nur zwischen Verwandten in gerader Linie gänzliche Unfähigkeit zum Zeugniß eintreten, während man Seitenverwandte blos als verdächtige Zeugen betrachtet. Ebenso unterscheidet man zwischen Todfeinden und solchen, zwischen denen nur ein geringerer Grad von Feindschaft besteht, indem man nur die ersteren als unfähige, die letzteren dagegen blos als verdächtige Zeugen ansieht, obschon das römische Recht auch hier einen solchen Unterschied nicht so scharf hervorhebt[218]). Gerade dieser letztere Punkt bietet eine sichere Analogie für die vorliegende Frage. Sowie nämlich heutzutage gewöhnlich zwischen dem Grade der Feindschaft in der angegebenen Weise unterschieden wird, so muß man auch zwischen dem unmittelbaren und mittelbaren Interesse unterscheiden; denn das lucrum, die gratia und die inimicitia stehen in L. 3. pr. D. XXII. 5. gleich allgemein neben einander. Wendet man sich von diesen allgemeinen Betrachtungen speciell zu der vorliegenden Frage, so läßt sich die Ansicht, daß Mitglieder einer Gemeinheit in Processen der letzteren immer unfähige Zeugen sein sollen, mit der scharfen Unterscheidung der universitas als solcher, vor dem einzelnen Mitgliede als Individuum nicht vereinigen; sie läßt sich insbesondre mit jenen Stellen des römischen Rechtes nicht in Einklang bringen, welche so bestimmt sagen, der Sclave eines Municipiums dürfe Zeuge gegen die einzelnen Bürger desselben sein, weil er nur Sclave der universitas, nicht aber der einzelnen Bürger sei; endlich stimmt mit dieser Ansicht die Vorschrift des kanonischen Rechtes nicht überein, daß Mitglieder einer Kirche, wenn nicht ein anderer vernünftiger Grund entgegenstehe, durchaus nicht als unfähige Zeugen zurückzuweisen seien — eine Vorschrift, welche nach dem früher Bemerkten nicht blos für Kirchen oder geistliche Corporationen, sondern als Ausfluß eines allgemeinen Grundsatzes für alle Arten der universitas gilt. Sowie sich nach dem Bisherigen die einseitige Analogie, welche auf gänzliche Zeugnißunfähigkeit der Gemeinheitsglieder hinzielt, als verwerflich gezeigt hat, so ist auch umgekehrt die einseitige analoge Anwendung jener Stellen, aus welchen man Vollgiltigkeit der Zeugen hier gefolgert hat, ebenso unrichtig. Denn lucrum, gratia werden doch, wie die angegebenen Gesetzstellen deutlich zeigen, ganz im allgemeinen als Gründe für mangelhafte Glaubwürdigkeit der Zeugen in den Quellen angeführt: ein mittelbares Interesse haben aber die Mitglieder einer Gemeinheit selbst dann an dem Ausgange eines Processes der letzteren, wenn der Streitgegenstand auch nicht unmittelbar zum Privatvermögen des einzelnen Mitgliedes gehört. Hiernach kann auch die Zeugnißfähigkeit der Legatare und Fideicommissare bei

218) L. 3. pr. L. 21. §. 3. D. 22. 5. L. 17. C. IV. 20.

Digitized by Google

dem Teſtament, worin ihnen ein Vermächtniß hinterlaſſen worden iſt, ſowie die Giltigkeit der auctoritatis interpositio des Tutor bei einem rechtlichen Act, welcher mittelbar den Pupillen zum Schuldner des Tutor macht, kein einſeitiges Uebergewicht in Beziehung auf die vorliegende Frage ausüben, zumal da dieſe beiden Fälle wieder ihre Eigenthümlichkeiten haben, welche auf den vorliegenden Fall nicht ſo unmittelbar übertragen werden können. Als Reſultat ergiebt ſich nun, daß man zwiſchen den angeführten Quellenzeugniſſen, deren einſeitige analoge Anwendung nach beiden Seiten hin zu extremen Gegenſätzen führt, mitten durchgehen muß, weil dieſe Gegenſätze als ſolche ſich wechſelſeitig das Gleichgewicht halten. Es kann deshalb im allgemeinen weder völlige Glaubwürdigkeit, noch völlige Verwerflichkeit oder Unfähigkeit der Gemeinheitsglieder zum Zeugniß hier angenommen werden: alſo bleibt blos die Mitte zwiſchen beiden, nämlich Verdächtigkeit der Zeugen im allgemeinen übrig. Erſcheinen hier die Zeugen blos als verdächtig, ſo ſind ſie nicht vom Zeugniß ausgeſchloſſen, ſondern ſie werden mit Vorbehalt der Einreden gegen die Perſon und Ausſage der Zeugen zur Abhörung zugelaſſen. Der Richter hat alsdann alle Gründe für und wider die Glaubwürdigkeit nach den angegebenen allgemeinen Regeln ſorgfältig zu prüfen, wozu ihm neben den Beweiseinreden auch die allgemeinen Fragſtücke zweckmäßige Anleitung geben können. Das Reſultat dieſer richterlichen Prüfung kann natürlich je nach Beſchaffenheit des Falles ein verſchiedenes ſein, indem ſich entweder eine größere oder geringere Verdächtigkeit ergiebt. Der Richter hat auch hier den Zeugen nach deſſen individueller Anſicht von der Sache aufzufaſſen, mag dieſe Anſicht auf richtigen oder unrichtigen Vorausſetzungen beruhen. Es kann ſich bei gänzlicher Befangenheit des Zeugen ſogar völlige Unfähigkeit oder Unglaubwürdigkeit als Reſultat der Prüfung ſeiner Ausſagen ergeben; dieſe Unfähigkeit unterſcheidet ſich aber von derjenigen, welche ſich auf das unmittelbare Intereſſe des einzelnen Mitgliedes der Gemeinheit am Ausgange des Proceſſes der letzteren gründet, weſentlich dadurch, daß die erſtere das Ergebniß der ganzen Beweisverhandlung iſt, während bei der letzteren der Richter, wenn jenes unmittelbare Intereſſe ſofort erwieſen iſt, den Zeugen als unzuläſſig von der Abhörung vollſtändig ausſchließt und dadurch jedes weitere Beweisverfahren inſoweit von vorn herein gänzlich abſchneidet. Schließlich iſt noch die Anſicht zu beleuchten, welche nach kanoniſchem Rechte in Streitigkeiten einer Kirche oder eines Kloſters diejenigen Mitglieder, welchen nicht gerade die Führung der Sache ſelbſt übertragen iſt, als vollkommen fähige Zeugen betrachtet[219]). Dieſe Anſicht ſtützt ſich auf die ſchon früher betrachteten capp. 6. und 12. X. II. 20. Allein, was zunächſt

---

219) Dieſer Anſicht iſt Bayer, ordentl. Proceß §. 246, S. 810, 8. Aufl. S. dagegen Sell, Jahrb. Bd. 2, S. 264 flg.

Digitized by Google

das cap. 12. cit. anlangt, so wird darin blos gesagt: „clerici non sunt a ferendo testimonio super (proprio) negotio ecclesiae suae, nisi alia rationabilis causa impediat, repellendi.“ Wenn die Mitglieder einer Kirche aber auch nicht (als unfähige Zeugen) vom Zeugniß gänzlich ausgeschlossen sein sollen, so ist doch damit noch keineswegs gesagt, daß sie im allgemeinen in Civilprocessen ihrer Kirche vollkommen fähige Zeugen sind; vielmehr schweigt jene Stelle darüber gänzlich und deshalb müssen hier die allgemeinen Grundsätze über die Glaubwürdigkeit der Zeugen entscheiden, bei welchen das kanonische Recht mit dem römischen im allgemeinen vollkommen übereinstimmt, indem dasselbe namentlich sowohl das materielle Interesse an dem Ausgange des Rechtsstreites [220]), als die Gunst, Vorliebe (gratia) überhaupt als Gründe der mangelhaften Glaubwürdigkeit des Zeugnisses anerkennt [221]), ohne bei Geistlichen eine Ausnahme in der hier bestrittenen Ausdehnung zu bestimmen. Ja die Worte „nisi alia rationabilis causa impediat“ deuten auf die allgemeinen Gründe der Unfähigkeit zum Zeugniß hin, von denen man in Verbindung mit den vorher angegebenen allgemeinen Grundsätzen auf eine gleiche Ausnahme bei den Verdachtsgründen schließen darf. Dasselbe läßt sich im allgemeinen von dem für die bestrittene Ansicht beigebrachten cap. 6. X. II. 20. behaupten. Denn auch darin wird von denjenigen Mitgliedern der Kirche, welche die unmittelbare Führung des Processes nicht übernommen haben, nur gesagt: „liceat vobis in causis ecclesiae vestrae ferre testimonium.“ Dies bedeutet doch wieder im Ganzen nur ebenso viel, als die Worte des früher erwähnten cap. 12. eod.: „testes non sunt a ferendo testimonio repellendi.“ Diese Auslegung findet auch noch eine directe Bestätigung durch den Schluß des cap. 6. cit., worin es von denjenigen Mitgliedern, welche die Führung des Processes übernommen haben, heißt: „quorum testimonium non debet admitti.“ Daraus ergiebt sich von selbst für die übrigen Mitglieder der Gegensatz, daß sie zum Zeugniß zugelassen werden sollen. Wenn aber auch dem Zeugen gestattet wird, Zeugniß abzulegen oder, was dasselbe ist, wenn er nicht als unfähig von der Abhörung ausgeschlossen wird, so ist doch damit noch nicht ausgesprochen, daß er im allgemeinen als vollkommen glaubwürdiger Zeuge erscheinen soll; sondern es treten ebenso, wie bei cap. 12. cit., die allgemeinen Grundsätze über Verdächtigkeit der Zeugen ergänzend ein. Die dritte Stelle des kanonischen Rechtes, welche bei der bestrittenen Ansicht zur Unterstützung der Behauptung gebraucht wird, daß Mitglieder eines Klosters in Processen des letzteren im allgemeinen als vollkommen fähige Zeugen zu

---

220) Mit Recht sagt Gratian zu can. 1. Causa 14. qu. 2. i. A. von den Geistlichen: „non enim utilitatis suae ecclesiae se penitus immunes arbitrantur futuros.“

221) Can. 3. pr. §. 1. 2. 24. Causa 4. qu. 2. u. 3. vgl. mit L. 3. L. 21. §. 3. D. 22. 5. Cicero, pro Fonteio cap. 8. §. 17.

behandeln sein sollen[222]), läßt sich des Zusammenhanges wegen erst später betrachten; doch kann gegen die vollkommene Zeugnißfähigkeit der Mönche in Sachen ihres Klosters auf die Vorschrift des früher betrachteten cap. 26. i. f. X. II. 14. zurückgewiesen werden. Denn, wenn Innocenz III. zur Vermeidung des nicht durch die Nothwendigkeit gebotenen Zeugeneides den Mönchen nur gestattet, daß sie in Ermangelung aller anderen Zeugen (deficientibus aliis testibus) zum Zeugeneide zugelassen werden sollen; und wenn ferner das unbeeidigte Zeugniß der Mönche nach anderen Vorschriften desselben Pabstes[223]) nicht gelten soll: so ergiebt sich doch daraus von selbst, daß, so lange, als dieser Mangel an anderen Beweismitteln nicht eintritt, die Mönche vom Zeugeneide und dadurch auch vom Zeugniß ausgeschlossen sind; was doch in den Wirkungen eher mit völliger Unfähigkeit, als mit vollkommener Fähigkeit zum Zeugniß übereinkommt. Wenn jedoch aus dem Bisherigen hervorgeht, daß die Mitglieder einer Kirche oder eines Klosters in Civilstreitigkeiten der letzteren nicht im allgemeinen als vollkommen fähige Zeugen zu behandeln sind, so ist damit durchaus noch nicht behauptet, daß die gedachten Personen nach kanonischem Rechte in Beziehung auf die Glaubwürdigkeit gar nicht begünstigt seien; vielmehr ist solche Begünstigung, freilich in beschränkterem Maaße, anzunehmen, wovon später die Rede sein wird. cc) Hat das einzelne Mitglied der Gemeinheit als Individuum am Ausgange des Rechtsstreites der letzteren weder ein unmittelbares, noch ein mittelbares materielles Interesse, so ist dasselbe im allgemeinen glaubwürdiger Zeuge, weil es in dem Processe einer dritten Person Zeugniß ablegt, ohne dabei in ökonomischer Hinsicht irgendwie betheiligt zu sein. Der Rechtsstreit erscheint demnach in Beziehung auf den Zeugen vollkommen als causa aliena. Doch sind auch hier im einzelnen Falle Gründe des Verdachtes gegen den Zeugen denkbar, welche in rein persönlicher Zuneigung, Vorliebe oder Gunst (in einem sog. ideellen Interesse) für die Gemeinheit liegen. Denn wenn z. B. ein Proceß über eine Summe für Unterstützung der Armen einer Gemeinde geführt wird, oder wenn es sich um gemeinnützige Werke und Anstalten der früher angegebenen Art (deren Errichtung, Verbesserung, Erweiterung, deren Fortbestehen) oder von einer Anstalt, welche zur Unterhaltung, zum Vergnügen dient, oder welche zum Ruhme, zur Ehre der Gemeinheit gereicht, handelt: so kann in solchen Fällen am Ausgange des Rechtsstreites auch dasjenige Mitglied ein rein persönliches Interesse, eine Vorliebe für die Gemeinheit haben, welches zu den Abgaben für Zwecke dieser Art nichts beizusteuern hat und an den Vortheilen der gedachten Anstalten regelmäßig keinen Antheil nimmt, wie z. B. ein anderswo wohnender Ehrenbürger der Gemeinde. Oder

---

222) Cap. 5. X. II. Bayer a. a. O. S. 810. Vgl. auch Gonzalez Tellez, Comm. in cap. 5. X. cit.

223) Cap. 39. X. II. 20. vgl. mit cap. 51. i. f. X. eod.

Digitized by Google

wenn bei einem Proceſſe um eine von den einzelnen Mitgliedern benutzte Gemeindeweide ein ſolches Mitglied Zeuge ſein ſoll, welches gar kein Vieh der fraglichen Art beſitzt; oder ein ſolches Gemeindemitglied, welches für ſeine Perſon an der Benutzung gar keinen Antheil nimmt, z. B. ein Auszügler; ſo ſind auch in dieſen Fällen Gründe denkbar, welche den Zeugen zu Gunſten ſeiner Gemeinde befangen machen. Die Erfahrung lehrt ja häufig, wie mächtig die Vorliebe für Localverhältniſſe, die Anhänglichkeit an den Geburtsort u. ſ. w. wirken, und daß die Intereſſen für kleinere Kreiſe und Verhältniſſe, namentlich Corporationsintereſſen, in der Regel, beſonders bei minder gebildeten Perſonen die allgemeineren Intereſſen weit überwiegen. Darum wird auch hier die gratia, Gunſt, Vorliebe für die Gemeinheit die Glaubwürdigkeit des Zeugniſſes bei dem einzelnen Mitgliede der Gemeinheit leicht ſchwächen können; ganz nach der allgemeinen Regel, wonach Gunſt, Freundſchaft oder Feindſchaft als Verdachtsgrund gegen den Zeugen gelten. Dagegen kann die Zeugnißunfähigkeit, ja ſelbſt die Verdächtigkeit des Mitgliedes der Gemeinheit hier nicht im allgemeinen vermuthet werden, weil dazu alle objectiven, äußerlich erkennbarer Merkmale (welche, wie in den früher erwähnten Fällen das ökonomiſche Intereſſe, einen allgemeinen Anhaltspunkt bieten können) gänzlich fehlen und nur die ſubjective Geſinnung oder Stimmung des Individuums entſcheidet. Demnach muß in ſolchen Fällen allein durch genaue Betrachtung der Individualität und der Ausſage des Zeugen ermittelt werden, ob überhaupt im concreten Falle ein Verdachtsgrund vorhanden und wie dieſer beſchaffen ſei. Daraus ergiebt ſich auch von ſelbſt, daß der Richter ſein Hauptaugenmerk hier gerade auf die angegebenen individuellen Verhältniſſe zu richten hat, weil dieſe allein über den Grad der Glaubwürdigkeit des Zeugen entſcheiden. Das Ergebniß dieſer richterlichen Prüfung kann nun, je nach Verſchiedenheit des Falles, entweder Verdächtigkeit des Zeugen oder bei gänzlicher Befangenheit deſſelben ſelbſt deſſen gänzliche Unfähigkeit ſein; auf der anderen Seite kann aber auch hier weit eher, als in den früher erwähnten Fällen des materiellen Intereſſe, vollſtändige Glaubwürdigkeit des Zeugen ſich ergeben. Dies wird regelmäßig dann eintreten, wenn deſſen Ausſage ihrem Inhalte nach als durchaus unbefangen erſcheint, weil hier beſondere geſetzliche Gründe zur Schwächung des Zeugniſſes, welche das freie Ermeſſen des Richters beſchränken, nicht vorliegen. — Es ſind noch folgende beſondere Punkte hervorzuheben: aa) Hört die nach allgemeinen Regeln vorhandene Zeugnißunfähigkeit der Mitglieder einer Gemeinheit in Proceſſen der letzteren auf, oder vermindert ſich oder verſchwindet die Verdächtigkeit dieſer Zeugen in dem Falle, wenn alle anderen Beweismittel fehlen? Dieſe Frage ſchließt Fälle von zweierlei Art in ſich: α) Es fehlen in einem Rechtsſtreite alle anderen Beweismittel über ſolche Thatſachen, worüber ihrer Natur nach auch andere Beweismittel, als das Zeugniß der Mitglieder der Gemeinheit, vorhanden ſein könnten.

Digitized by Google

Hier greift die nicht selten vorkommende Ansicht ein, daß auch sonst unfähige oder verdächtige Zeugen, wenn ihnen nur die Fähigkeit zur Wahrnehmung und Mittheilung nicht ganz fehlt, jedesmal dann zugelassen werden und als völlig glaubwürdig gelten sollen, wenn überhaupt im vorliegenden Falle die Wahrheit auf andere Weise nicht ermittelt werden kann. Diese allgemeine Behauptung würde in der Anwendung auf den sub α bemerkten Fall zur unbedingten Bejahung der Frage führen. Allein die ganze Ansicht entbehrt im gemeinen Rechte jeder gesetzlichen Grundlage, und sie würde, durchgreifend angewendet, zur Erschütterung der gesetzlichen Beweispflicht in ihren wesentlichen Grundlagen führen. Sie wird deshalb mit Recht in neuerer Zeit entschieden verworfen. Es kann auch in dem vorliegenden Falle der Mangel an anderen Beweismitteln überhaupt weder die Unfähigkeit der vorgeschlagenen Zeugen aufheben, noch deren Verdächtigkeit vermindern oder tilgen. β) Die unter aa. aufgestellte Frage läßt sich aber auch so auffassen: ob die Unzulässigkeit der Zeugen hier in den Fällen aufhöre oder die geringere Glaubwürdigkeit sich dann zu völliger Glaubhaftigkeit steigere, wenn der Gegenstand des Processes seiner Natur nach von der Art ist, daß nur Mitglieder der Gemeinheit aus eigener Wahrnehmung davon Kenntniß haben können, und daß demnach, wenn diese unzulässige Zeugen sind, entweder wegen mangelnder anderer Beweismittel nicht leicht ein Beweis möglich ist oder, wenn sie verdächtig sind, die vollständige Beweisführung unmöglich oder sehr erschwert wird. Man denke nur an Thatsachen und Handlungen, welche in den Versammlungen der Gemeinheit sich ereignet haben, in welchen lediglich Mitglieder der Gemeinheit gegenwärtig gewesen sind. In dieser Auffassung kehrt dieselbe Frage, wie unter α., nur in beschränkterem Umfange, wieder; wäre jene Frage bejaht worden, so würde daraus auch für diese die bejahende Antwort folgen. Da aber jene entschieden zu verneinen war, so ist diese genauer zu betrachten. Manche [224]) haben hier die Analogie der sogenannten testes domestici angewendet, indem man den Grund: quoniam non facile quae domi geruntur, per alienos poterunt confiteri [225]), auch für den Fall des Zeugnisses der Mitglieder einer Gemeinheit geltend zu machen suchte. Wenn man nun auch zugeben will, daß das Zeugniß eines Sclaven nach den Quellen in solchen Fällen zugelassen wird, in welchen die Wahrheit nicht auf andere Weise ermittelt werden kann [226]), und wenn ferner nach kanonischem Rechte Verwandte, welche

224) Farinacius l. c. nr. nr. 475. 479—482. 539. Müller ad Struv. Synt. iur. civ. Exerc. 28. nr. 39. not. γγ. nr. V.

225) L. 8. §. 6. i. f. C. V. 17.

226) L. 7. D. 22. 5. L. 18. §. 4. D. 48. 18. Paul. Sent. Lib. V. Tit. 16. §. 2. L. 8. §. 6. i. f. C. V. 17. Can. 3. §. 9. Causa IV. qu. 2. u. 3. Uebrigens wird auch noch mit Rücksicht auf L. 1. §. 1. D. 48. 18. behauptet, die Aussage des Sclaven habe nur zur Ergänzung eines schon vorhandenen, aber nicht ganz vollständigen Beweises dienen können. Vergl. Noodt, Probabil. I. 13. i. f. Beyer, ordentl. Proc. §. 247, S. 817, 8. Aufl.

Digitized by Google

ſonſt unfähige oder verdächtige Zeugen ſind, in Eheſachen giltiges Zeugniß ablegen können[227]), ſo liegt doch in jenen Vorſchriften eine geſetzliche Singularität, deren Ausdehnung nach allgemeinen Regeln unzuläſſig iſt. Im kanoniſchen Rechte wird dieſe Singularität ausdrücklich anerkannt[228]), und die römiſchen Vorſchriften über die erwähnte Zeugnißfähigkeit der Sclaven ſchließen ſchon deshalb jede analoge Anwendung auf unfähige Zeugen anderer Art aus, weil der Grund, weshalb Sclaven nicht zum gerichtlichen Zeugniß zugelaſſen wurden, bei anderen unfähigen Zeugen nicht zutrifft. Dies findet namentlich im vorliegenden Falle ſtatt, weil hier die Unfähigkeit oder Verdächtigkeit des Zeugen in dem eigenen Intereſſe am Ausgange des Rechtsſtreites liegt. Es kommt daher Alles hierauf an, ob und wie weit ſich aus ſpeciellen Vorſchriften der Quellen nachweiſen läßt, daß auch in Proceſſen einer universitas deren Mitglieder in ſolchen Fällen als vollkommen fähige Zeugen gelten ſollen, wenn der Gegenſtand des Rechtsſtreites ſeiner Natur nach von der Art iſt, daß der Beweis deſſelben entweder gar nicht oder wenigſtens nicht leicht auf andere Art als durch das Zeugniß der Mitglieder der Gemeinheit geführt werden kann. Im kanoniſchen Rechte kommen in der That einige Stellen vor, aus welchen bei Geiſtlichen unter gewiſſen Vorausſetzungen eine Ausnahme der angegebenen Art hervorgeht. Die erſte iſt eine Decretale von Clemens II.[229]). Darin iſt ein Fall entſchieden, in welchem nicht leicht auf andere Weiſe, als durch das Zeugniß der Mitglieder des Convents oder Capitels der Beweis geführt werden konnte[230]); und demnach tritt hier der Fall ein, in welchem Mönche nach der früher erwähnten Verordnung von Innocenz III. im cap. 26. i. f. X. II. 24. zum eidlichen Zeugniß zugelaſſen werden. Der Pabſt entſcheidet nun in dem cap. 5. cit., daß das mit dem Siegel des Capitels (alſo mit den äußeren Zeichen der vollen Glaubwürdigkeit) verſehene Verkaufsinſtrument durch die übereinſtimmende eidliche Ausſage der Mitglieder des Convents als ge-

227) Cap. 3. X. IV. 18. Vgl. auch cap. 24. X. II. 20.

228) Cap. 3. i. f. X. IV. 18. verb. „Quod vero legitur, pater non recipiatur in causa filii, nec filius in causa patris, in criminalibus causis et contractibus verum est: in matrimonio vero, coniungendo et disiungendo, ex ipsius coniugii praerogativa et quia favorabilis res est, congrue admittuntur."

229) Cap. 5. X. II. 19.: „Tertio loco fuit a nobis ita quaesitum: Ecce quidam regularis sigillo capituli quoddam instrumentum cuidam amico suo signavit, in quo facta ei alienatio quarundam verum ecclesiae immobilium continetur. Quo exhibito in iudicio, procurator universitatis illud asseruit de assensu conventus non fuisse confectum, et adulterinum vel furtivum esse sigillum. Cumque fratres ad perhibendum testimonium produxisset, iurati dixerunt, quod quoties de hoc inter fratres aliqua erat mentio, consilium totius conventus, et vox fuit unanimis, quod nolebant alienationem rerum illarum, sed res domus integras conservari volebant. Sed quoniam contra hoc nihil pars adversa probavit: respondemus secundum assertionem testium tantummodo iudicandum."

230) Cap. 38. i. f. X. II. 20.

Digitized by Google

fälſcht nachgewieſen und dadurch völlig entkräftet ſei. Dieſe Entſcheidung ſpricht für die vollkommene Zeugnißfähigkeit der Mitglieder des Convents, zumal wenn man eine andere Stelle derſelben Compilation damit vergleicht[231]). Damit läßt ſich eine andere Decretale deſſelben Pabſtes verbinden[232]). Dieſe hat beſonders deshalb für die vorliegende Frage Bedeutung, weil ſie den Grund für die Zuläſſigkeit des Zeugniſſes der canonici angiebt, welcher Grund auch ohne Zweifel im Falle des cap. 5. X. II. 19. vorhanden war, obſchon er darin nicht ausdrücklich ausgeſprochen wird. Dagegen würde cap. 38. i. f. X. II. 20. allein für ſich die vollkommene Glaubwürdigkeit des Zeugniſſes der canonici im allgemeinen noch nicht in der Art begründen, wie dieſes bei Mönchen durch cap. 5. X. II. 19. geſchieht[233]); weil in jenem cap. 38. i. f. zunächſt nur der Grund angegeben iſt, warum die canonici im fraglichen Falle von der Excommunication abſolvirt werden ſollen, damit ſie ungehindert Zeugniß für beide Theile ablegen können, ohne daß über den Grad der Glaubwürdigkeit des Zeugniſſes etwas Näheres beſtimmt iſt. Allein eine Gleichſtellung der canonici mit den Mönchen liegt hier ſchon an ſich nicht ferne, und ſie ergiebt ſich mit der gehörigen Beſtimmtheit durch Hinweiſung auf eine andere Stelle des kanoniſchen Rechtes[234]).

---

231) Cap. 10. X. II. 22. (Innocenz III.) verb. „Porro cum dubitatio fuisset exorta, utrius deberet probatio praevalere; pro tua fuit parte propositum: quia, etsi eandem vim obtineant instrumentorum fides et depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurium idoneorum testium depositionibus praeferatur“ etc.

232) Cap. 38. i. f. X. II. 20. (Innocenz III.) verb. „Quia vero, quae in capitulo aguntur, non facile possunt, nisi per canonicos ipsius probari: volumus, ut ad cautelam absolvatis eosdem, ut vocati ad testimonium libere valeant pro utraque parte testari.“ Ad cautelam absolvere bedeutet Abſolution von der Excommunication. Glossa ad h. l. Gonzalez Tellez, Comm. in cap. 38. i. f. cit. not. e. nr. 3. not. i. nr. 5. und im allgemeinen cap. 21. s. f. X. II. 1.

233) Doch läßt ſich auch cap. 5. cit. wegen der allgemeinen Wortfaſſung: Ecce quidam regularis u. dgl. direct auf canonici regulares beziehen, wie dies ſchon die Gloſſe thut, welche in der Entwickelung des casus von einem canonicus regularis ſpricht, welcher die Immobilien veräußert habe; dann aber ſpäter auch wieder die Worte des cap. 5. „procurator universitatis“ durch procurator monasterii erklärt; ſowie auch die Ausdrücke „conventus, fratres“ u. dgl. in unſerem Capitel ebenſogut auf Mönche hinweiſen. Allein alle dieſe mehr vermeintlichen als wirklichen Schwankungen haben für die vorliegende Frage kein bedeutendes praktiſches Intereſſe, weil nach der ſo nahen Verwandtſchaft der canonici regulares mit den Mönchen, ſowie nach dem Zuſammenhange der verſchiedenen hier einſchlagenden Stellen des kanoniſchen Rechtes nicht wohl zu bezweifeln iſt, daß hier canonici und Mönche nach gleichen Grundſätzen beurtheilt werden. Vgl. auch cap. 26. i. f. X. II. 24.

234) Can. 1. Causa 14. qu. 2. verb. „Ceterum in possessionibus vel huiusmodi negotiis hi potissimum assumendi sunt, qui eadem negotia tractaverunt, de quorum auditu et visu haesitatio esse non debeat. Si ergo iidem clerici idonei sunt ad assertionem causae illius, nullatenus removeantur; sed sicut aliis literis deliberatum est, inter S. Ioannis et S. Stephani canonicos lis illa plenius decidatur.“

Digitized by Google

Denn da in dieſer Stelle, wie deren Schluß zeigt, von einem Proceſſe zwiſchen den canonici von St. Johannes und St. Stephan gehandelt und darin geſagt wird, die canonici von St. Stephan ſollten hier, wenn ſie nur im allgemeinen fähig ſind, ganz beſonders zum Zeugniß zugezogen werden (hi potissimum assumendi sunt), ſo muß doch auch ihrer Ausſage gehöriges Gewicht beigelegt werden; und ſomit müſſen ſie auch im allgemeinen als glaubwürdige Zeugen im concreten Falle angeſehen worden ſein. Es fragt ſich nur noch, wieweit dann nach den angegebenen Stellen des kanoniſchen Rechtes die Ausnahmsbeſtimmung hinſichtlich der vollen Glaubwürdigkeit des Zeugniſſes der canonici und Mönche gehe. Aus der im cap. 38. i. f. X. II. 20. angegebenen ratio legis, welche ohne Zweifel auch dem cap. 5. X. II. 19. zu Grund liegt, ergiebt ſich, daß Mitglieder eines Convents oder Capitels nur in ſolchen Fällen ausnahmsweiſe als vollkommen glaubhafte Zeugen gelten ſollen, in welchen allein durch deren Zeugniß der Beweis geführt werden kann; was ja auch ſchon daraus hervorgeht, daß nach der früher betrachteten päbſtlichen Entſcheidung im cap. 28. i. f. X. II. 24. Mönche überhaupt nur dann zum eidlichen Zeugniß gelaſſen werden ſollen, wenn alle anderen Zeugen fehlen (deficientibus aliis testibus). Ja, man muß die ausnahmsweiſe eintretende volle Glaubwürdigkeit des Zeugniſſes der Mönche und canonici in Proceſſen ihres Kloſters oder ihrer Kirche nur auf diejenigen Thatſachen beſchränken, welche in den Verſammlungen des Capitels ſich zugetragen haben, und aus dieſem Grunde allein durch das Zeugniß der Mitglieder bewieſen werden können. Denn dieſe ſinguläre Begünſtigung darf nicht weiter ausgedehnt werden, als ſie durch ſpecielle Quellenzeugniſſe ſich entſchieden rechtfertigen läßt. Nun bezieht ſich aber cap. 38. X. II. 19. offenbar allein auf die Verhandlungen im Convente, während cap. 38. i. f. X. II. 20. nur ausſpricht, daß gerade über die Verhandlungen im Capitel der canonici blos ein Mitglied Zeugniß ablegen könne. Ebenſo iſt aber auch im can. 1. Causa 14. qu. 2., genauer betrachtet, nur von Thatſachen die Rede, welche in den Verſammlungen des Capitels der canonici ſich zugetragen haben. Denn, wenn nach dieſer Stelle in einem Proceſſe der canonici von St. Stephan mit den canonici von St. Johannes das Zeugniß der erſteren deshalb beſonders berückſichtigt werden ſoll, weil ſie „eadem negotia tractaverunt, de quorum auditu et visu haesitatio esse non debeat“, ſo führt dies ganz natürlich auf die Verhandlungen in den Verſammlungen des Capitels der canonici hin, weil die Angelegenheiten der Kirche, und namentlich diejenigen, welche das Vermögen der Kirche betreffen, gewöhnlich in dem Capitel berathen werden. In dieſem Sinne faßt ſchon die Gloſſe dieſe Stelle auf[235]). Endlich darf man nach den angeführten Stellen die

235) Glossa ad can. 1. cit. voc. tractaverunt. Auch Farinacius l. c. nr. 479. 480. 483. 539. läßt hier die Mitglieder eines Capitels oder Convents nur dann als testes omni exceptione maiores gelten, wenn ſie über die Verhandlungen im Capitel oder Convent ausſagen.

Digitized by Google

Mitglieder eines Capitels oder Convents auch hier nur dann ausnahmsweise als völlig glaubhafte Zeugen betrachten, wenn sie sonst in der Eigenschaft als Mitglieder der universitas nach allgemeinen Regeln verdächtige Zeugen gewesen wären. Denn in den Fällen, welche in den mehrfach erwähnten Stellen des kanonischen Rechtes behandelt werden, war ohnehin kein Grund zu völliger Unfähigkeit wegen des unmittelbaren individuellen Interesses der Mitglieder am Ausgange des Processes der Gemeinheit vorhanden; zumal nicht bei Mönchen, weil diese gar kein eigenes Privatvermögen haben können [236]), wodurch die Unfähigkeit wegen Zeugnisses in eigener Sache von selbst wegfällt. Ist dies richtig, so darf man auch die Vorschriften der mehrerwähnten Stellen, weil sie eine Ausnahme enthalten, nur soweit anwenden, als diese Ausnahme nach jenen Vorschriften sich bestimmt nachweisen läßt. Hieran knüpft sich noch die praktisch wichtige Frage: ob die erwähnten Vorschriften des kanonischen Rechtes über die vollkommene Zeugnißfähigkeit der Mitglieder eines Capitels der Mönche oder canonici auch auf andere Gemeinheiten auszudehnen sei, und demnach die Mitglieder jeder universitas dann gegen die allgemeine Regel als vollkommen glaubwürdige Zeugen gelten sollen, wenn sie über eine Thatsache aussagen, welche sich in den Versammlungen der Gemeinheit zugetragen hat, und welche darum nicht leicht auf auf andere Art, als durch das Zeugniß der Mitglieder erweislich ist [237]). Allein man kommt nach dem Vorstehenden von selbst zu dem Resultate, daß die Vorschriften des kanonischen Rechtes nach allgemeinen Grundsätzen nicht auf alle Mitglieder von Gemeinheiten ausgedehnt werden können; wodurch aber keineswegs behauptet wird, daß hier der Richter verhindert wäre, den Grad der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses nach dem Totaleindruck, welchen die Person und Aussage der Zeugen im einzelnen Falle nach unbefangener Prüfung bewirkt haben, zu bestimmen, und diesem gemäß nach den früher angegebenen allgemeinen Regeln seine juristische Ueberzeugung sich zu bilden. Denn nur dagegen muß man sich erklären, daß die specielle Vorschrift des kanonischen Rechtes, welche als Ausnahme eng auszulegen ist, ohne weiteres auf alle Arten der Gemeinheiten anzuwenden sei [238]); besonders da für Mönche, auf welche sich jene Begünstigung mit bezieht,

---

236) Vgl. besonders cap. 2. 3. 6. X. III. 35.

237) Farinacius l. c. nr. 479—483. und mehrere dort angeführte Schriftsteller nehmen eine solche Ausdehnung an. Auch Glück Bd. 22, S. 141, N. 1 ist für die Ausdehnung.

238) Namentlich können die Worte im cap. 38. i. f. X. II. 20.: „Quia vero, quae in capitulo aguntur, non facile possunt, nisi per canonicos ipsos probari“ nicht zur Annahme einer gleichen Ausnahme für alle Gemeinheiten berechtigen. Denn aus diesen enunciativen Ausdrücken, welche die den mehrerwähnten singulären Vorschriften des kanonischen Rechtes (cap. 5. X. II. 19. Can. 1. Causa 14. qu. 2.) zu Grunde liegende ratio legis angeben, kann nach bekannten Grundsätzen der Auslegung keine allgemeine dispositive Bestimmung gefolgert werden.

Digitized by Google

auch wieder umgekehrt die mehrerwähnte Beschränkung gilt, daß sie erst in Ermangelung aller anderen Zeugen zum eidlichen Zeugniß überhaupt zugelassen werden sollen. Zwar schließt sich das kanonische Recht in den allgemeinen hier zur Anwendung kommenden Grundsätzen durchaus an das römische Recht an; auch mag die römische Vorschrift über die sog. testes domestici zu jener singulären Bestimmung in Bezug auf die Mitglieder eines Convents oder Capitels Veranlassung gegeben haben; allein aus der Uebereinstimmung in den allgemeinen Grundsätzen folgt immer noch keine generelle Ausdehnung der im kanonischen Rechte zu Gunsten der erwähnten geistlichen Corporationen erlassenen Bestimmungen auf alle anderen Arten der Gemeinheiten, und wenn diese letzteren Bestimmungen auch auf eine singuläre Vorschrift des römischen Rechtes sich stützen oder daraus hervorgegangen sein sollten, so verliert weder die römische Quelle, noch der daraus hervorgegangene Ausfluß den Charakter der Singularität. Auch cap. 11. X. II. 21. von Honorius III., welches man bisweilen hierher gezogen hat[239]), um daraus zu beweisen, daß die mehrerwähnte Vorschrift des kanonischen Rechtes allgemeine Geltung habe, kann dies nicht erweisen. Denn darin ist nur in einem einzelnen Falle gesagt, daß diejenigen, welche sich eidlich verpflichtet haben, kein Zeugniß abzulegen, dennoch zum Zeugniß genöthigt werden sollten, „ne pro defectu testium pereat sua (actoris) iustitia." Es geht also daraus zwar hervor, daß jene eidliche Verpflichtung nicht von der allgemeinen gesetzlichen Verbindlichkeit zum Zeugniß befreien soll, und zwar hier besonders deshalb, damit der gerechte Rechtsstreit wegen mangelnder Beweismittel nicht für den Kläger verloren gehe. Es läßt sich aber daraus kein sicherer logischer Schluß für die ganz verschiedene Frage ziehen, ob der Mangel anderer Beweismittel die Unfähigkeit der vorhandenen Zeugen aufhebe oder die verminderte Glaubwürdigkeit derselben erhöhe? Endlich läßt sich auch die Vorschrift der L. 3. C. de naufragiis XI. 6. (5.) nicht hierher ziehen, wie auch bisweilen geschehen ist[240]). Diese Constitution von Gratian, Valentinian II. und Theodosius I.[241]) hat, soweit sie hierher gehört, nur den Zweck, der Schiffsmannschaft (naviculariі) eine Erleichterung gegen die sehr große Strenge des Verfahrens in dem Falle eines Schiffbruches zu gewähren. Nach L. II. C. Th. XIII. 9. von Valentinian I., Valens und Gratian sollte nämlich in einem solchen Falle die Hälfte der übriggebliebenen Schiffsmannschaft nach vorhergegangener Folter über den Unfall des Schiffes und den daraus entstandenen Verlust Zeugniß ablegen. Dies milderte die zuerst erwähnte Verordnung dahin, daß nur zwei oder drei Schiffer zu jenem Zeugniß angehalten werden sollten, und bestimmte dabei die Reihenfolge dieser

239) Glück a. a. O. S. 141, N. 1.
240) So schon von Bartolus not. ad const. 3. cit.
241) Sie ist ein Auszug aus L. 3. C. Th. de naufragiis XIII. 9.

Digitized by Google

Personen in der Art, daß diejenigen, welche die bessere Kenntniß haben, vor den anderen verhört werden sollten: zuerst die magistri navium; wenn diese im Sturme umgekommen, die anderen Schiffer; wenn diese aber alle untergegangen, die Kinder der Schiffer oder der magistri navis. Dabei wird als Grund dieser letzteren Bestimmung angegeben: „ne veritas lateat." Der vorher erwähnte Grund für die Reihenfolge in Verbindung mit dem oben angegebenen Motiv hat nun zur Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmungen auf unseren Fall Veranlassung gegeben. Es kann aber aus diesen Constitutionen ein fester Anhaltspunkt für die vorliegende Frage nicht gewonnen werden, da dieselben sich auf einen ganz besonderen Fall beziehen, welcher mit dem vorliegenden in gar keiner Verbindung steht, und auch der Grund: „ne veritas lateat", so wie er hier steht, für unsere Frage keine allgemeine Bedeutung gewinnen kann. Das Resultat ist, daß auch in denjenigen Processen einer universitas, welche solche Thatsachen zum Gegenstande haben, welche ihrer Natur nach entweder gar nicht oder nicht leicht durch ein anderes Beweismittel, als durch das Zeugniß der Mitglieder, dargethan werden kann, erstens, die Zeugnißunfähigkeit der Mitglieder niemals wegfällt, weil die Grundsätze über die sog. testes domestici als singuläre Vorschriften auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leiden; zweitens, daß dagegen die Verdächtigkeit der Mitglieder eines Convents oder Capitels bei Mönchen und canonici, sofern dieselbe allein in der Eigenschaft als Mitglied der geistlichen Corporation ihren Grund hat, hier nach besonderen Vorschriften des kanonischen Rechtes wegfällt und zur vollkommenen Zeugnißfähigkeit wird, wenn sie über eine Thatsache aussagen, welche sich in den Verhandlungen des Convents oder Capitels zugetragen hat und deshalb nicht leicht auf andere Weise als durch das Zeugniß der Mitglieder erwiesen werden kann; daß aber, drittens, diese Vorschriften des kanonischen Rechtes, eben weil sie singuläre sind, auf keine andere Art der Gemeinheiten ausgedehnt werden können. Trotzdem kann indessen der Umstand, daß nur Mitglieder der universitas aus eigener Wahrnehmung gehörige Kenntniß von dem Gegenstande des Beweissatzes haben, auf die Erhöhung der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses dieser Mitglieder sehr wohl aus anderen Gründen Einfluß haben, wie sofort näher zu zeigen sein wird. bb) Wie bestimmt sich die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage der Mitglieder einer Gemeinheit in Processen der letzteren im Conflict mit anderen Zeugen?[242]) Nach den gesetzlichen Vorschriften soll, wenn abweichende oder widerstreitende Aussagen verschiedener Zeugen einander gegenüberstehen, nicht sowohl die Zahl, als vielmehr das innere Gewicht der Zeugen und deren Aussagen den Ausschlag geben[243]). Nach den in der Note angeführten Quellen-

242) Vgl. Sell, Jahrb. Bd. 2, S. 283 flg.

243) Die hierher gehörigen Vorschriften sind folgende. Zuerst der allgemeine Ausspruch Modestin's in L. 2. D. 22. 5.: „In testimoniis autem digni-

Digitized by Google

zeugnissen bestimmt sich das Gewicht der Zeugenaussagen theils nach dem Grade der persönlichen Glaubwürdigkeit des Zeugen, theils nach dem Inhalte der Aussagen, sowohl hinsichtlich ihres inneren Zusammenhanges, als hinsichtlich der Quelle, aus welcher sie geschöpft sind. In Beziehung auf den ersten Punkt steht der vollen Glaubwürdigkeit des Zeugnisses der Mitglieder der universitas der Verdacht der Vorliebe (gratiae suspicio), und in vielen Fällen auch der von dem Ausgange des Processes zu erwartende Vortheil oder Nachtheil [244]) entgegen; hinsichtlich des zweiten vorhin angegebenen Criteriums für das Gewicht des Zeugnisses der Gemeinheitsglieder spricht dagegen hier der Umstand, daß in gar manchen Fällen die Mitglieder der Gemeinheit entweder allein von dem Gegenstande des Beweissatzes gehörige Kenntniß aus eigener Wahrnehmung haben, oder daß ihre Kenntniß wenigstens vollständiger, zusammenhängender und umfassender ist, als diejenige der anderen Zeugen, welche nicht Mitglieder der Gemeinheit sind. Letzteres kann namentlich dann der Fall bei solchen Thatsachen sein, welche sich in Versammlungen der Gemeinheit zugetragen haben. Der Richter hat nun nach den in der Note 243 angeführten Stellen enthaltenen Principien die Gründe für und wider die Glaubwürdigkeit der Zeugen und deren Aussagen auf beiden Seiten sorgfältig abzuwägen und hiernach den Ausschlag zu geben. So kann es denn im einzelnen Falle wohl geschehen, daß dasjenige, was den Mitgliedern der Gemeinheit, den anderen Zeugen gegenüber, an vollkommener persönlicher Glaubwürdigkeit abgeht, auf der anderen Seite wieder dadurch ersetzt wird, daß sie in höherem Grade oder allein im Stande waren, die Thatsache oder Handlung, welche den Gegenstand des Zeugnisses ausmacht, aus eigener Sinnenwahrnehmung genau und vollständig zu kennen. Gewinnt nun der Richter die juristische Ueberzeugung, daß wegen dieser vollständigeren Wahrnehmung oder wegen des vollständigeren inneren Zusammenhanges und wegen des der Natur der Sache entsprechenden Resultates die Aussagen der Mitglieder der Gemeinheit zur Herstellung des Beweises bei weitem mehr beitragen, als die Aussagen der anderen Zeugen: so wird er dem Zeugniß der ersteren einen höheren Grad juristischer Glaubwürdigkeit zuschreiben müssen; ganz nach den allgemeinen Grundsätzen, welche in den in der Note 243 angeführten Stellen ausgesprochen sind und der Natur der Verhältnisse vollkommen entsprechen. Das Bemerkte wird in Bezug auf die vorliegende specielle Frage durch can. 1. Causa 14.

---

tas, fides, mores, gravitas examinanda est“ etc. in Verbindung mit der genaueren Ausführung desselben Gedankens in L. 3. pr. D. eod. Das kanonische Recht stimmt hier in can. 3. §. 1. 2. Causa 4. qu. 2. 3. wieder wörtlich mit dem römischen überein. Specieller auf den vorliegenden Fall bezieht sich L. 21. §. 3. D. 22. 5. Die darin enthaltene Vorschrift kehrt wörtlich wieder im can. 3. pr. Causa 4. qu. 2. 3., und mit geringer Veränderung im cap. 32. X. XXII. 5. (Innocenz III.)

244) L. 3. pr. D. 22. 5. Can. 3. §. 1. i. f. Causa 4. qu. 2. 3.

Digitized by Google

qu. 2. bestätigt. Denn, wenn diese Stelle auch nach dem früher Bemerkten zunächst nur auf den speciellen Fall des Zeugnisses der canonici über die Verhandlungen in dem Capitel sich bezieht, und diesem Zeugniß ein besonderes Gewicht deshalb beilegt, weil die canonici bei den Geschäften, welche bewiesen werden sollen, selbst mitgewirkt haben, so geht doch die ganze Entscheidung des Pabstes aus der allgemeinen ratio legis hervor, daß die eigene vollständige Wahrnehmung der Thatsachen durch die Mitglieder der universitas („de quorum auditu et visu haesitatio esse non debeat") das Gewicht ihrer Zeugenaussagen erhöhen soll; und dieser allgemeine Entscheidungsgrund dient dem bisher Bemerkten zur Bestätigung. cc) Sind frühere Mitglieder der Gemeinheit, nachdem sie aufgehört haben solche zu sein, in Processen einer Gemeinheit vollkommen fähige Zeugen? Durch den Austritt aus der Gemeinheit hört jede rechtliche Verbindung mit derselben, sowie jeder Antheil an der Benutzung des Gemeinheitsvermögens in der Regel auf; weil das einzelne Mitglied nur als solches an jener Benutzung Theil nahm, ohne für sich als Individuum einen verhältnißmäßigen Antheil in Anspruch nehmen zu können. Wenn daher die Eigenschaft, welche allein die Benutzung des Gemeindevermögens bedingt, aufgehoben ist, so muß damit jedes Recht an dem Vermögen der Gemeinheit von selbst wegfallen, und deshalb läßt sich auch bei dem ausgetretenen Mitgliede im allgemeinen weder ein unmittelbares, noch ein mittelbares materielles Interesse am Ausgange des Processes der Gemeinheit denken. Ebensowenig liegt hier ein Grund vor, eine rein persönliche Vorliebe (gratia) für die Gemeinheit im allgemeinen von vornherein zu vermuthen. Es kann zwar im einzelnen Falle das einzelne Mitglied noch eine Befangenheit erzeugende individuelle Vorliebe für die Interessen der Gemeinheit haben; eine solche muß aber jedenfalls erst besonders ermittelt werden, und läßt sich nicht als Regel vermuthen. Hiernach erscheint das frühere Mitglied der Gemeinheit in der Regel als vollkommen fähiger Zeuge, wie jede Dritte bei dem Rechtsstreite ganz unbetheiligte Person[245]). Ueberhaupt bestimmt sich die Fähigkeit und Glaubwürdigkeit eines Zeugen nach der Zeit, zu welcher er Zeuge sein soll oder zum Zeugniß aufgefordert wird[246]); es kann also der frühere Mangel an Glaubwürdigkeit hier nicht als fortwirkend betrachtet werden. Bisher war von dem Falle die Rede, wo das frühere Mitglied der Gemeinheit, welches als Zeuge vorgeschlagen wird, zur Zeit des Anfanges des Processes der Gemeinheit bereits aus deren Verbande ausgeschieden war. Es ist aber auch noch der Fall zu betrachten, wenn das Mitglied, welches Zeuge sein soll, erst während des Processes aus der Gemeinheit austritt. Es sind

245) Auch bei anderen Gründen, welche Zeugnißunfähigkeit bewirken, wird diese Unfähigkeit durch das Aufhören des bedingenden Verhältnisses aufgehoben. Vgl. z. B. L. 1. §. 12. D. 48. 18.

246) L. 22. §. 1. D. 28. 1. L. 1. C. VI. 23. L. 1. §. 14. D. 48. 18.

Digitized by Google

hier wieder zwei Fälle zu unterſcheiden: α) Das ausgeſchiedene Mitglied hat in keiner Weiſe bei der Proceßführung beſonderen Antheil genommen; namentlich hat es die Vollmacht nicht mit unterzeichnet. In dieſem Falle gilt das früher Geſagte ganz im allgemeinen. Denn, ſowie das ausgetretene Mitglied als Individuum keinerlei Antheil mehr an den Vermögensrechten der Gemeinheit nimmt, ſo hat daſſelbe auch keine Verpflichtungen mehr für die Gemeinheit, welche von Anfang an allein als die wahre ſtreitende Partei im Proceſſe erſchienen war. Auch die frühere Eigenſchaft als Mitglied der Gemeinheit ſteht hier der Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht entgegen, weil es genügt, daß er zu der Zeit, wo ſein Zeugniß verlangt wird, dieſe Eigenſchaft nicht mehr hat. β) Weſentlich verſchieden iſt der zweite Fall, wenn das ausgetretene Mitglied bei der Proceßführung beſonders betheiligt iſt; z. B. wenn die Vollmacht für den Anwalt von allen Mitgliedern einer Gemeinheit oder von ſämmtlichen Mitgliedern des Vorſtandes einer ſolchen unterzeichnet und der Proceß kraft dieſer Vollmacht geführt, vielleicht bis zu dem Beweisverfahren fortgeſetzt iſt, nun aber ein Mitglied der Gemeinheit oder des Vorſtandes, welches die Vollmacht mit unterzeichnet hat, aus der Gemeinheit wirklich austritt; etwa gerade zu dem Zwecke, um für die Gemeinheit Zeugniß ablegen zu können. Nach dem früher Bemerkten ſind diejenigen Mitglieder, welche die Vollmacht unterzeichnet oder für die Gemeinheit ſelbſt die Proceßführung übernommen haben, unfähige Zeugen, weil ſie die Partei im Proceſſe ausmachen und ſomit als Zeugen in eigener Sache erſcheinen. Daran kann auch das nachherige Ausſcheiden aus dem Gemeindeverbande nichts ändern, mag es in der Abſicht, Zeugnißfähigkeit zu erlangen, geſchehen ſein oder nicht; mag der Austritt bald nach dem wirklichen Anfange des Proceſſes oder ſpäter erfolgt ſein. Man könnte zwar hier einwenden: ſowie in der Praxis z. B. ein Staatsbeamter zeitweilig ſeines Dienſteides entbunden wird, um in einem Proceſſe des Staates als fähiger Zeuge zu erſcheinen, ſo wird auch hier das ausgetretene Mitglied, namentlich wenn es definitiv ausgeſchieden iſt, giltiges Zeugniß ablegen können, weil ja in dieſem Falle alle oben angegebenen Gründe, beſonders der Mangel alles Intereſſe an dem Ausgange des Rechtsſtreites, ſtattfinden. Allein hier entſcheidet ein ganz anderer Grund gegen die Fähigkeit und Zuläſſigkeit des ausgetretenen Mitgliedes. Nach bekannten proceſſualiſchen Grundſätzen übernimmt die Partei durch die Litispendenz die Verpflichtung zur Fortführung des Proceſſes. Darum kann dann auch die Partei (hier das einzelne Mitglied, welches entweder die Proceßführung übernommen oder die Vollmacht mit unterzeichnet und dadurch für ſeine Perſon als Repräſentanten der Gemeinheit in dem einzelnen Rechtsſtreite ſich dargeſtellt hat) nicht durch ſpäteres Austreten aus dem Gemeindeverbande die Parteirolle einſeitig aufgeben, ſich einſeitig der Verpflichtung aus der begonnenen Proceßführung entziehen oder, was daſſelbe iſt, ſich einſeitig aus der Rolle der Partei in die Lage eines

dritten Unbetheiligten verſetzen. dd) Können Mitglieder einer Gemeinheit in Proceſſen der letzteren gegen dieſe ein giltiges Zeugniß ablegen? Dieſe Frage wird gewöhnlich und mit Recht im allgemeinen bejaht. Denn, da der Grund der Unfähigkeit oder Verdächtigkeit hier nur in dem Intereſſe *für* die Gemeinheit beruht, ſo ſteht dieſer Grund der Glaubwürdigkeit des Zeugen natürlich dann nicht entgegen, wenn ſie gerade *gegen* dieſes Intereſſe ausſagen; vorausgeſetzt, daß hier nicht andere beſondere Gründe die Glaubwürdigkeit aufheben oder vermindern, z. B. Haß, Feindſchaft u. ſ. w. Aus demſelben Grunde ergiebt ſich auch, daß, wenn zwiſchen zwei Gemeinheiten ein Proceß geführt wird, dasjenige Mitglied, welches beiden angehört, im allgemeinen völlig glaubwürdiger Zeuge iſt, weil das gleiche Intereſſe für beide Theile ſich das Gleichgewicht hält[247]). Anders freilich verhält es ſich, wenn das Intereſſe für die eine Gemeinheit dasjenige für die andere überwiegt. Was hier von der vollen Glaubwürdigkeit der Ausſage eines Mitgliedes der Gemeinheit gegen die letztere geſagt iſt, unterliegt gewiß dann keinem Zweifel, wenn die Mitglieder von der Gemeinheit ſelbſt als Zeugen benannt, als fähig zugelaſſen worden ſind, und auf ihren Zeugeneid hin gegen die Gemeinheit, welche ſie vorgeſchlagen hat, ausſagen; weil nach allgemeinen Grundſätzen der Producent die Perſon und Ausſage eines von ihm benannten Zeugen auch in dem Falle als völlig glaubwürdig anerkennen muß, wenn die ſonſt glaubhafte Ausſage gegen ihn ausfällt. Eine andere Frage aber iſt: ob Mitglieder einer Gemeinheit in Proceſſen der letzteren zum Zeugniß rechtlich gezwungen werden können, wenn ſie der Gegner der Gemeinheit als Beweismittel für ſich benennt? Schon die Gloſſe zu cap. 12. X. II. 20. enthält, zunächſt in Bezug auf Mitglieder einer Kirche, eine Zuſammenſtellung der verſchiedenen Anſichten über dieſe Frage, welche dadurch weſentlich von einander abweichen, daß die eine den rechtlichen Zwang zum Zeugniß nicht zuläßt, während die andere denſelben für zuläſſig hält. Die erſtere Anſicht ſtellt hier die Mitglieder der Gemeinheit denjenigen privilegirten Perſonen gleich, welche nicht wider ihren Willen zum Zeugniß gezwungen werden können, wie die Verwandten und Verſchwägerten. Für die Geiſtlichen hat man insbeſondre den Grund geltend gemacht[248]): weil der Geiſtliche Sohn der Kirche ſei, ſo könne er gerade ſowenig zum Zeugniß gegen die Kirche gezwungen werden, wie die Kinder gegen ihre Eltern. Nur in dem Falle wird nach dieſer Anſicht der Zwang zum Zeugniß zugelaſſen, wenn es an allen anderen Beweismitteln fehlen ſollte[249]). Zur Vereinfachung des Ganzen und zu gehöriger Sichtung der verſchiedenen Anſichten ſind hier zwei Fälle genau von einander zu

247) Arg. L. 67. §. 1. D. 23. 2. verb.: „quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet.“

248) Glossa ad cap. 12. X. II. 20.

249) Zahlreiche Vertheidiger dieſer Anſicht führt an *Sell*, Jahrb. Bd. 2, S. 292, N. 95.

Digitized by Google

unterſcheiden. α) Wenn das Mitglied der Gemeinheit an dem Ausgange des Rechtsſtreites der letzteren unmittelbares materielles Intereſſe als Individuum hat, und demnach als Zeuge in eigener Sache unfähiger Zeuge iſt, ſo kann es aber wegen dieſer Unfähigkeit gar nicht zum Zeugniß gelaſſen werden, weder für, noch gegen die Gemeinheit, weil das Verbot des Zeugniſſes in eigener Sache ein ganz allgemeines iſt. Auch würde hier in der Nöthigung zum Zeugniß gegen die Gemeinheit gewiſſermaßen ein Zwang zum Geſtändniß liegen. β) Erſcheint dagegen das Mitglied der Gemeinheit nicht unmittelbar bei dem Ausgange des Rechtsſtreites betheiligt, und tritt demnach wieder die juriſtiſche Trennung zwiſchen dem Individuum und dem idealen Ganzen der Gemeinheit hervor, vermöge deren nur ein mittelbares Intereſſe, welches nach dem früher Bemerkten im allgemeinen blos Verdächtigkeit begründet, angenommen werden kann, ſo läßt ſich kein hinreichender allgemeiner Grund für die Befreiung von der geſetzlichen Verpflichtung zum Zeugniß finden. Dies gilt natürlich um ſo mehr, wenn das einzelne Mitglied nicht einmal ein mittelbares materielles Intereſſe an dem Ausgange des Proceſſes hat. Mit Recht ſtützt ſich ſchon die Gloſſe zu cap. 12. X. II. 20. für dieſe Anſicht auf die eben angedeutete Trennung des einzelnen Mitgliedes von der universitas als ſolchen, ſowie auf den allgemeinen Grundſatz der Gleichheit beider Parteien im Civilproceſſe; denn da die universitas (die Kirche) ihre Mitglieder für ſich als Zeugen vorſchlagen könne, ſo müſſe dem Gegner auch daſſelbe gegen die universitas (Kirche) erlaubt ſein; zumal da das kanoniſche Recht im allgemeinen ausſpreche, daß das Verbergen der Wahrheit eine Sünde ſei[250]). Weder das römiſche, noch das kanoniſche Recht enthalten für dieſen Fall für Mitglieder einer Gemeinheit eine Ausnahme von der allgemeinen Verpflichtung zur Ablegung eines Zeugniſſes. Vielmehr geht aus den Verordnungen der Päbſte, daß nicht einmal ein eidliches Verſprechen, kein Zeugniß ablegen zu wollen, von der Verbindlichkeit zum Zeugniß befreien ſoll[251]); ſowie ferner aus der häufig in den Decretalen wiederkehrenden Phraſe, daß die Zeugen „si se gratia, odio vel timore subtraxerint“ mit einer Kirchenſtrafe belegt werden ſollen[252]); aus dieſen Gründen geht hervor, daß das kanoniſche Recht die Verbindlichkeit zum Zeugniß weder im allgemeinen, noch in der hier fraglichen ſpeciellen Beziehung beſchränkt hat[253]). Namentlich läßt ſich auch bei Geiſtlichen überhaupt

250) Can. 80. Causa 11. qu. 3.

251) Cap. 18. 45. X. II. 20. Cap. 4. 11. X. II. 21.

252) Cap. 1. i. f. Cap. 6. i. f. Cap. 10. i. f. Cap. 11. i. f. X. II. 21.

253) Die ſinguläre Ausnahme bei Mönchen abgerechnet, welche nach cap. 26. i. f. X. II. 24. überhaupt nur in Ermangelung anderer Zeugen zum Zeugniß zugelaſſen werden ſollen. Dieſe Ausnahme beruht aber nach dem früher Bemerkten wieder auf dem beſonderen Grunde, daß Mönche, welche jeden Eid verweigerten, nur zum Eide (alſo auch zum eidlichen Zeugniß) zugelaſſen werden ſollen, wenn dieſer durch die Verhältniſſe als nothwendig geboten erſcheint.

Digitized by Go

hier keine Beschränkung der Zeugnißverbindlichkeit annehmen; denn die ganz allgemein gefaßte Entscheidung des Pabstes in dem mehrerwähnten cap. 12. X. II. 20. „clerici non sunt a ferendo testimonio super (proprio) negotio ecclesiae suae, nisi alia rationabilis causa impediat, repellendi" spricht gewiß gegen eine solche Beschränkung. Mag diese Stelle auch zunächst auf den Fall sich beziehen, in welchem Geistliche für die Kirche als Zeugen vorgeschlagen waren; so sind doch die Worte derselben: „super (proprio) negotio ecclesiae suae" so allgemein, daß darunter das Zeugniß überhaupt, mag es für oder gegen die Kirche ausfallen, begriffen ist. Zur Bestätigung dieser Ansicht dient noch weiter das mehrgenannte cap. 38. i. f. X. II. 20. Denn hier entscheidet ja der Pabst ausdrücklich, daß die canonici in einem Processe, worin ihr eigenes Capitel die eine Partei bildete, für beide Theile (also auch gegen das Capitel) sollen Zeugniß ablegen können. Man könnte freilich einwenden, die canonici würden ja hier ganz ausdrücklich nur aus dem Grunde zum Zeugniß gegen das Capitel zugelassen, weil es an anderen Beweismitteln fehle, und deshalb spreche diese Stelle gerade umgekehrt gegen die hier angenommene und für die bestrittene Ansicht. Allein, genauer betrachtet, geben die Worte: „Quia vero ... probari, nach dem schon früher Bemerkten, nicht zunächst den Grund für die Zulässigkeit zum Zeugniß, sondern vielmehr den Beweggrund für die Absolution von der Excommunication an: „volumus, ut ad cautelam absolvatis eosdem"; und die Folge dieser Absolution (also die Rückversetzung in den gewöhnlichen Zustand der allgemeinen Zeugnißfähigkeit der canonici, welcher ohne Excommunication ununterbrochen stattgefunden hätte) soll dann die sein: „ut vocati ad testimonium libere voleant pro utroque parte testari." Diese Auslegung hat schon den entscheidenden Grund für sich, daß im cap. 38. i. f. cit. die Zulässigkeit des Zeugnisses der canonici für und gegen das Capitel als vollkommen auf gleicher Linie stehend betrachtet wird. Wollte man demnach aus dieser Stelle folgern, daß canonici nur in Ermangelung aller anderen Beweismittel zum Zeugniß gegen das Capitel verpflichtet wären, so müßte man nothwendig auch zu der Consequenz gelangen, daß sie auch nur in demselben Falle für das Capitel Zeugen sein könnten; was doch noch Niemand behauptet hat. Endlich kann gegen die Ansicht, daß Mitglieder einer Gemeinheit in Processen der letzteren, an deren Ausgange sie nur ein mittelbares materielles Interesse haben, von der allgemeinen Pflicht zur Ablegung eines Zeugnisses nicht ausgenommen sind, nicht eingewendet werden, daß Zeugen nicht verpflichtet seien, über solche Thatsachen auszusagen, welche ihnen nachtheilig werden könnten. Allerdings enthalten die Reichsgesetze[254]) folgende Bestimmung: „Es sollen aber keine interrogatoria criminosa et quae turpitudinem respondentis continent, bey Straff nach Ermäßigung gesetzt, weniger er, der Zeuge, darüber exami-

254) Jüngster Reichsabsch. §. 53.

nirt und angefragt werden.“ Es ist aber durch diese Vorschrift weder ausdrücklich gesagt, noch auch nur angedeutet, daß der Zeuge jede Aussage über solche Thatsachen, welche ihm nachtheilig werden können, verweigern dürfe. Wollte man ihm dies gestatten, so würde die ganze Verbindlichkeit zur Zeugenschaft leicht illusorisch werden; denn es wäre den individuellen Vermuthungen und Befürchtungen, ja sogar der Chicane des Zeugen offener Raum gelassen; weil die Beurtheilung des etwa zu befürchtenden Nachtheiles allein dem Zeugen überlassen bliebe, da dieser nur die einfache Erklärung, daß er Nachtheile von seiner Aussage befürchte, vor dem Richter abgeben, die Gründe dieser Befürchtung aber verschweigen würde, um eben nicht durch deren Mittheilung vor dem Richter gerade das auszusagen, was ihm nachtheilig werden kann. Man kann auch nicht die Verbindlichkeit der Mitglieder einer Gemeinheit zum Zeugniß gegen die letztere blos auf den Fall beschränken, wenn alle anderen Beweismittel fehlen; obschon es sich im allgemeinen annehmen läßt, daß der Gegner der Gemeinheit in Processen gegen dieselbe aus eigenem Interesse nicht leicht eher zu diesen Zeugen seine Zuflucht nehmen wird, als bis er sich von allen übrigen genügenden Beweismitteln verlassen sieht. h) Ein relativ unfähiger Zeuge ist auch der Vasall gegen seinen Lehnsherrn, ausgenommen in geringfügigen Civilsachen[255]). — Das fremde Recht erklärt zwar auch das Zeugniß von Ketzern und Abtrünnigen gegen orthodoxe Christen für unzulässig[256]). Dies ist aber unanwendbar geworden. Was das Zeugniß der Juden betrifft[257]), so verwirft das römische Recht die Juden als Zeugen gegen orthodoxe Christen schlechterdings und läßt sie nur in Sachen der Juden unter einander oder gegen Häretiker als Zeugen zu[258]). Das kanonische Recht weicht von dem römischen insofern ab, als es das Zeugniß der Juden gegen Christen nicht für unzulässig erklärt, sondern als Grund der Zulassung des Zeugnisses der Christen gegen Juden anführt, weil auch die Juden Zeugen ihres Glaubens gegen Christen gebrauchen[259]).

---

255) II. Feud. 33. §. 4.: „Similiter vasallus dominium accusare, vel testimonium contra eum reddere non debet in civili causa aut criminali. Quidam tamen dicunt, in criminali non licere, in civili modica licere.“

256) L. 21. C. I. 5. Cap. 1. X. V. 7.

257) Vgl. Heimbach, Erörterungen Bd. 1, Nr. 1, S. 1 flg.

258) L. 21. C. I. 5.

259) Cap. 21. X. II. 20.: „Testimonium quoque Christianorum adversus Iudaeos in omnibus causis, cum illi adversus Christianos testibus suis uti praesumunt, recipiendum esse censemus. Et anathemate decernimus feriendos, quicunque Iudaeos Christianis voluerit praeferre in hac parte: cum eos Christianis subiacere oportet et ab eis pro sola humanitate faveri.“ Der Pabst Alexander III. erklärt sich hier gegen die Meinung derjenigen, welche das Zeugniß der Christen gegen Juden verwerfen, und erklärt deshalb, weil auch die Juden Zeugen ihres Glaubens gegen die Christen gebrauchen, umgekehrt die Zeugenschaft der Christen gegen Juden für zulässig. Um letzteres zu rechtfertigen, fügt der Pabst als Grund hinzu, daß die Juden den Christen unterthan sein und nur aus Rücksichten der Menschlichkeit von ihnen geduldet werden müßten. Spätere

Digitized by Google

Es erklärt auch die Ueberführung der Juden in Civil- und Criminalsachen durch christliche Zeugen für zulässig, ungeachtet der entgegengesetzten Bestimmungen in fürstlichen Privilegien, und ermahnt die Fürsten, solche Privilegien nicht zu ertheilen und ertheilte nicht zu halten, weil sie der christlichen Religion nachtheilig und zuwider seien [260]). In Teutschland sind im Mittelalter weder die Bestimmungen des römischen Rechtes, noch die des kanonischen zur Anwendung gekommen. Die Bestimmungen des teutschen Rechtes über das Zeugniß der Juden gegen Christen beruhen auf ganz anderen Gründen. Es galt nämlich im älteren teutschen Rechte der Grundsatz, daß, sowie Jeder nur von seines Gleichen gerichtet werden könne, auch die Gezeugen, wodurch Jemand überführt werden sollte, Gleiche, Genossen (pares) des zu Ueberführenden sein mußten. Der Jude war hiernach nicht schon seiner Religion wegen unfähig zum Zeugniß gegen Christen, sondern seine Unfähigkeit beruhte darauf, daß er kein Gleicher, kein Genosse des Christen, daß er ein Ungenosse desselben war, im Stande unter ihm stand [261]). Deshalb verlangen verschiedene Rechtsquellen des Mittelalters, wenn ein Jude gegen einen Christen Zeugniß ablegt, außer ihm noch das Zeugniß zweier Christen; sie verlangen aber auch umgekehrt in Sachen eines Christen gegen einen Juden zur Ueberführung des Juden das Zeugniß eines Christen und zweier Juden. So erklärt sich das von Heinrich dem Erlauchten den Juden in der Markgrafschaft Meißen im Jahre 1245 ertheilte Privilegium [262]), so mehrere Rechtsbücher aus dem sächsischen Quellenkreise [263]). Auch in Statuten finden sich ähnliche Bestimmungen [264]). Es ist in den teutschen mittelalterlichen Rechtsquellen nicht vom einem Zeugenbeweise im Sinne der fremden Rechte und im heutigen Sinne, sondern vom Gezeugniß im Sinne des älteren teutschen Rechtes, welches zu dem Parteieide hinzutrat (vgl. sub A.), die Rede.

Decretalen haben daran im wesentlichen nichts geändert. Denn cap. 23. X. II. 20. sagt nur, es solle in keinem Rechtsstreite auf das Zeugniß Einer Person allein die Entscheidung gebaut werden, so wenig in dem Processe eines Christen, als in dem eines Juden, am wenigsten in Streitigkeiten zwischen Christen und Juden.

260) Cap. 1. Clem. II. 8.

261) Walch, Exerc. de testis reo paris praestantia in iure Germanico Sect. I—VI. (in Opusc. T. II. p. 329—382.)

262) Siehe dieses Privilegium §. I. II. (bei Biener, de iure regio recipiendi Iudaeos cap. 1. §. 1. in Opusc. T. I. p. 248 sq.) Die Worte sind: „Si Iudaeus contestari voluerit super Christiano de debito vel de alia causa, contestari debet cum duobus Christianis et uno Iudaeo veracibus et bonae famae, Christianis iurantibus suo more et Iudaeo iurante in suo libro. Si Christianus contestari voluerit super Iudaeo de debito vel de alia causa, contestari debet cum duobus Iudaeis et uno Christiano veracibus et bonae famae.“ Vgl. auch §. IV. V. IX. dieses Privilegiums (bei Biener l. c. p. 249).

263) Vgl. Rechtsb. nach Distinctionen B. III, Cap. 17, dist. 15, 20, 25. Magdeb. Weichbildr. Art. 136 (der Ausgabe von Ludovici).

264) Augsburger Statuten v. 1276 Art. 44, 45 (bei Walch, Beiträge zum teutschen Recht Bd. 4, S. 81).

Digitized by Google

Mit dem Wegfallen des Gezeugnisses in diesem Sinne und seit dem Aufkommen des Zeugenbeweises mit der Reception des fremden Rechtes haben die Bestimmungen des älteren teutschen Rechtes ihre Anwendbarkeit verloren, und es sind gemeinrechtlich hinsichtlich des Zeugnisses der Juden gegen Christen die Vorschriften des römischen und kanonischen Rechtes an deren Stelle getreten. Allein die im römischen Rechte bestimmte Ausschließung der Juden vom Zeugniß gegen Christen ist nicht recipirt worden, und man hat sich mehr an das mildere kanonische Recht gehalten und daher die Juden nicht als unfähig und ohne allen Glauben gegen Christen behandelt[265]), und neuere Juristen betrachten sie nicht einmal als verdächtige Zeugen[266]). Nur in den sächsischen Ländern, in welchen das Magdeburger Weichbildrecht gilt, hat in Folge der Bestimmung desselben[267]) Doctrin und Praxis[268]) angenommen, daß Juden gegen Christen unfähige Zeugen seien, ausgenommen wenn sie zugleich mit einem Christen Zeugniß ablegen, welchenfalls sie blos nicht vollgiltig sein sollen. Da aber die Bestimmung des Magdeburger Weichbildrechtes auf das Gezeugniß im Sinne des älteren teutschen Rechtes, zu welchem der Parteieid hinzutreten mußte, geht, der Grundsatz aber, daß die Gezeugen Genossen des Beweisgegners sein mußten, um ihn überführen zu können, weggefallen ist, so ist auch jene Bestimmung nicht mehr anwendbar. Es sind vielmehr die Juden schlechthin zum Zeugniß gegen Christen zuzulassen; die dem Zeugniß beizulegende Beweiskraft ist aber lediglich der Beurtheilung des Richters zu überlassen[269]). In dieser Weise haben sich auch Landesgesetze einzelner sächsischer Staaten ausgesprochen[270]). — Unfähige Zeugen werden, da ihre Aussage gar nichts beweisen würde, nicht abgehört. Davon bilden folgende Fälle Ausnahmen: 1) wenn ein Zeuge nur in Beziehung auf den vorliegenden Rechtsstreit zum Zeugniß unfähig ist, so kann diejenige Partei, welche deshalb Einwendungen zu machen befugt wäre, auf diese Einwendungen verzichten und dadurch die Unfähigkeit heben[271]). 2) Bei

---

265) Eine derartige Reichsobservanz bezeugen Mynsinger, Observ. Cent. V. obs. 6. Böhmer, Ius eccl. Prot. Lib. II. Tit. 20. §. 3.

266) Glück Bd. 22, S. 145. Mittermaier, teutsches Privatrecht §. 117.

267) Magdeb. Weichbildr. Art. 136: „Beklagt aber ein Christ einen Juden um Schuld mit Gezeug, er soll ihn überzeugen selbdritte mit zween Christen und einem Juden; die Juden überzeugen den Christen auch also, mit zweien Juden und einem Christen."

268) Vgl. Hommel, Rhaps. obs. 211. s. v. Iudaei. Kori, Theorie des sächs. bürgerl. Proc. §. 46, S. 97.

269) Heimbach a. a. O. S. 5.

270) Weim.-Eis. Judenordnung v. 20. Juni 1823 S. 33. Mening. Ges. v. 16. Mai 1853 Art. 1.

271) Zwar scheint hier L. 6. C. IV. 20., worin Adscendenten und Descendenten als Zeugen gegeneinander selbst dann für unzulässig erklärt werden, wenn sie auch Zeugniß ablegen wollen, eine Ausnahme zu bilden, so daß die Unfähigkeit hier nicht durch den Verzicht des Producten auf die ihm zustehenden Einwen-

Digitized by Google

dem Beweiſe der Verwandtſchaft in Eheſachen ſind Adſcendenten und Deſcendenten ſowie auch andere nahe Verwandte glaubwürdige Zeugen[272]). Der Grund dieſer Beſtimmung des kanoniſchen Rechtes beruht darauf, daß Verhältniſſe dieſer Art nicht leicht durch andere Beweismittel, als durch das Zeugniß naher Verwandter, ausgemittelt werden können. Derſelbe Grund tritt aber auch nicht minder in ſolchen Sachen ein, welche das Heurathsgut und das Eingebrachte der Ehefrau betreffen, indem darüber, wenn man nicht zum Eidesantrage ſeine Zuflucht nehmen will, nicht leicht andere Beweismittel, als das Zeugniß der Adſcendenten und anderer naher Verwandter, werden beigebracht werden können. Deshalb läßt der Gerichtsgebrauch auch in ſolchen Sachen das Zeugniß naher Verwandter zu und betrachtet daſſelbe als glaubwürdig. Manche[273]) wollen überhaupt unglaubwürdige Zeugen, wenn ihnen nur die Fähigkeit zur Wahrnehmung und Mittheilung nicht ſchlechthin abzuſprechen iſt, jedesmal zulaſſen, wenn die Wahrheit auf andere Weiſe nicht ausgemittelt werden kann. Es kann dies aber nicht gebilligt werden. Man hat ſich deshalb auf das römiſche Recht berufen, welches in gewiſſen Fällen auch das Zeugniß der Sclaven nach vorhergegangener Folter auch in Civilſachen für zuläſſig erklärt[274]) und demſelben Glauben beimißt, wenn es an anderen Beweismitteln fehlt[275]). Es bezog ſich die Zuläſſigkeit des Zeugniſſes der Sclaven aber nur auf gewiſſe Sachen, und es iſt ſchon an ſich bedenklich, daraus auf die Zuläſſigkeit unfähiger Zeugen überhaupt zu ſchließen, wenn andere Beweismittel nicht vorhanden ſind. Dazu kommt, daß das römiſche Recht nur ſagt, es ſei dem Zeugniß der Sclaven in Ermangelung anderer Beweismittel Glauben beizumeſſen, ſich über den Grad der ihm beizulegenden Glaubwürdigkeit aber gar nicht näher ausſpricht, am wenigſten ſagt, daß dadurch allein vollſtändiger Beweis hergeſtellt werden könne. Man hat ſich ferner für jene Anſicht auf die Beſtimmung des kanoniſchen Rechtes wegen Zulaſſung des Zeugniſſes naher Verwandter zum Beweiſe der Verwandtſchaft in Eheſachen berufen. Wenn aber auch dieſe im allgemeinen darauf beruhen, daß ein ſolches Verhältniß, wie die Verwandtſchaft, nicht leicht durch andere Beweismittel dargethan werden kann, ſo

---

dungen beſeitigt werden könnte. Da aber der Grund der Unfähigkeit von Paul. Sent. Lib. V. Tit. 15. §. 3., woraus jene Stelle des Codex entlehnt iſt, darin geſetzt wird, daß die ſo nahe Verwandtſchaft und die daher entſtandene natürliche Zuneigung unter ſo nahen Verwandten kein unparteiiſches Zeugniß erwarten laſſe, „quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit," ſo muß auch dem Producten freiſtehen, auf den ihm deshalb zuſtehenden Einwand zu verzichten, und dadurch die als Zeugen vorgeſchlagenen nahen Verwandten zum Zeugniß fähig zu machen. Schmid, Civilproc. Bd. 2, §. 133, N. 41.

272) Cap. 3. X. IV. 18. Vgl. auch cap. 5. 22. X. II. 20.

273) Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4, S. 245.

274) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 15. §. 6. Tit. 16. §. 2.

275) L. 7. D. 22. 5.: „Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est."

Digitized by Google

beschränkt sich doch diese Bestimmung auf Ehesachen und ist als eine singuläre keiner Ausdehnung auf alle Rechtssachen und auf unfähige Zeugen im allgemeinen fähig. Wenn die Praxis jene Bestimmung auch auf Sachen, welche das Heurathsgut und Eingebrachte der Ehefrau betreffen, ausdehnt, so sind dafür zwei hinreichende Gründe vorhanden. Der erste besteht darin, daß sehr häufig in Ehesachen zugleich über die Frage wegen Rückgabe des Heurathsgutes und Einbringens oder theilweisen Verlustes desselben zu entscheiden ist, mithin die causae dotis et illatorum zu den causae matrimoniales im weiteren Sinne gehören, welche die Kirche stets als zu ihrem Forum gehörig betrachtet hat. Der zweite Grund ist der schon im römischen Rechte begründete favor dotis. Nach einer anderen Ansicht[276]) soll der Richter bei solchen Angelegenheiten, welche schon ihrer Natur nach nicht wohl durch andere Zeugen erwiesen werden können, auch sonst unglaubwürdige zuzulassen befugt sein, jedoch im einzelnen Falle zu bestimmen haben, ob und inwiefern ihnen Glauben beizumessen sei. Dagegen spricht, daß die dafür angeführten Vorschriften sowohl des römischen[277]), als des kanonischen Rechtes[278]) nur singuläre, nicht auszudehnende Fälle betreffen. — Der Richter hat unfähige Zeugen, deren Unfähigkeit actenmäßig ist, von Amtswegen sofort zu verwerfen, um einer nichtigen Beweisführung vorzubeugen; er darf also gar nicht zu deren Abhörung schreiten. In dieser Verwerfung unzulässiger Zeugen von Amtswegen liegt auch keine Verletzung der Verhandlungsmaxime; denn es handelt sich bei Verwerfung eines unfähigen Zeugen, wenn der Unfähigkeitsgrund klar vorliegt, um die Anwendung eines gesetzlichen Verbotes, einer Rechtsnorm auf eine vorliegende Thatsache, und hierin ist der Richter von den Anträgen der Parteien nicht abhängig. Auf Unfähigkeitsgründe, welche dem Richter nur als Privatmann bekannt sind, darf derselbe allerdings keine Rücksicht nehmen[279]). Liegt einer der erwähnten Ausnahmsfälle vor, in welchen auch sonst unfähige Zeugen zugelassen werden, so muß der Richter natürlich dieselben zulassen. Ueberhaupt wird es rathsam sein, daß der Richter erst die Erklärung des Producten über den angetretenen Zeugenbeweis abwartet. Denn da durch Verzicht des Producten auf die ihm gegen die Zulässigkeit eines nur in Beziehung auf den vorliegenden Rechtsstreit unfähigen Zeugen zustehenden Einwendungen die Unfähigkeit gehoben werden kann, so würde der Richter, auch wenn ihm der Unfähigkeitsgrund aus den Acten bekannt wäre, durch sofortige Verwerfung eines solchen Zeugen übereilt handeln und dem Producenten ein Beweismittel entziehen, welches möglicher Weise der Producent gar nicht einmal anzufechten gedenkt. — Eine sehr räthselhafte, hierher gehörige, aus des Venulejus lib. I. de iudiciis publicis

276) S. Linde, Civilproc. §. 260, N. 3. Bayer §. 246, S. 811.
277) L. 7. D. 22. 5. L. 8. §. 6. C. V. 17.
278) Cap. 27. X. II. 20. Cap. 3. X. IV. 18.
279) Linde a. a. O. §. 260, N. 1.

Digitized by Google

entlehnte Digeſtenſtelle[280]) lautet ſo: „Produci testis is non potest, qui ante in eum reum testimonium dixit.“ Nach der Inſcription zu urtheilen, handelte der Juriſt vom Criminalproceſſe. Dies hat auch Manche[281]) veranlaßt, dieſen Ausſpruch auf Criminalfälle zu beſchränken und denſelben dahin zu deuten, in peinlichen Fällen könne derjenige nicht noch einmal gegen den Angeſchuldigten als Zeuge zugelaſſen werden, welcher ſchon ein Zeugniß wider denſelben abgelegt hat; in Civilſachen ſei die mehrmalige Production deſſelben Zeugen gegen denſelben Beklagten wohl zuläſſig; in Criminalſachen ſtehe aber der Grund entgegen, daß derjenige, welcher gegen denſelben Angeſchuldigten öfters als Zeuge erſcheint, hierdurch ſich als Feind deſſelben zeige. Man ſucht dieſe Erklärung auch durch die Nov. 90. cap. 7. zu unterſtützen, wo das Zeugniß der Feinde und Ankläger verworfen wird. Dieſer Erklärung ſteht die viel ausgedehntere Bedeutung des Wortes reus, welche eine ſo einſchränkende Erklärung in einem Titel, welcher von Zeugen überhaupt handelt, nicht geſtattet, entgegen, ſowie die Auctorität der Baſiliken[282]), welche die Stelle ganz allgemein ſo ausdrücken: „*Ὁ κατά τινος ἤδη μαρτυρήσας, οὐ μαρτυρεῖ πάλιν κατ᾽ αὐτοῦ.*“ Alſo zu Juſtinian's Zeit (denn die Digeſtenſtellen ſind in den Baſiliken aus des Anonymus, d. i. des Anteceſſor Julianus, Summa Digestorum entlehnt) verſtand man die Stelle von Criminal- und Civilſachen, und ſo iſt ſie noch jetzt zu verſtehen, da es an einem hinreichenden Grunde fehlt, warum es in einer Criminalſache anders ſein ſollte, als in einer Civilſache. Hat ein ſolcher Zeuge ein wahres Zeugniß gegen den Angeſchuldigten abgelegt, ſo iſt dies noch kein Grund, ihn für einen Feind deſſelben zu halten, ſo wenig, als ſeinem Zeugniß nicht mehr zu trauen, wenn er ſpäter wieder gegen denſelben als Zeuge aufgeführt wird. Die Scholien der Baſiliken[283]) geben eine doppelte Erklärung von dieſer Stelle. Nach der einen kann Niemand zweimal gegen denſelben Zeugniß ablegen, weil er dieſes als Feind zu thun ſcheint. Nach der anderen kann Niemand für denjenigen Zeugniß ablegen, gegen den als Beklagten er früher gezeugt hat, weil er dies gleichſam zur Vergütung, zur Entſchädigung dafür, daß er früher gegen ihn gezeugt hat, zu thun ſcheint. Letztere Erklärung wird aber von einem ſpäteren Scholiaſten als falſch

---

280) L. 23. D. 22. 5. Vgl. darüber Glück Bd. 22, S. 232 flg.

281) Matthaeus, de crimin. Lib. 48. Dig. Tit. 15. cap. 2. nr. 3. Duarenus, Disput. annivers. Lib. I. cap. 29. Fornerius, Select. Lib. II. cap. 10.

282) Basil. XXI. 1. cap. 22. ed. Heimb. T. II. p. 401.

283) Sch. 1. ad Basil. l. c. T. II. p. 401. Es iſt dies ein neueres Scholium, ſchon weil es verſchiedene Erklärungen derſelben Stelle giebt. Es lautet ſo: „*Διὶς οὐδεὶς δύναται καταμαρτυρεῖν· δοκεῖ γὰρ ὡς ἐχθρὸς τοῦτο ποιεῖν. δύναται* (l. *δυνατὸν*) *δὲ καὶ ἄλλως εἰπεῖν. οὐ δύναταί τις ὑπὲρ ἐκείνου μαρτυρῆσαι, οὗτινος πρότερον ἐναγομένου κατεμαρτύρησε· δοκεῖ γὰρ ὥσπερ προθεραπεύων αὐτὸν τοῦτο ποιεῖν ὑπὲρ ὧν πρώην αὐτοῦ κατεμαρτύρησε.*“

Digitized by Google

verworfen[284]), weil ſie der L. 17. C. IV. 20. (cap. 41. Basil. XXI. 1.), auf welche der Scholiaſt verweiſt, widerſtreiten ſoll. Allein dieſe Erklärung ſteht mit der L. 17. C. cit. nicht im Widerſpruche; denn dieſe Stelle ſpricht von dem Falle, wo ein Zeuge in einem anderen Rechtsſtreite gegen denjenigen aufgeführt wird, welcher deſſelben Ausſage in einem früheren Proceſſe benutzt hatte, wogegen der reus in L. 23. D. 22. 5. eben derſelbe Beklagte in demſelben Rechtsſtreite iſt. Harmenopulus[285]) folgt daher der letzteren Erklärung. Die Accurſiſche Gloſſe hat vier verſchiedene Erklärungen. Nach der erſten kann ein Zeuge von demjenigen, gegen welchen er gezeugt hat, in demſelben Rechtsſtreite nicht mehr producirt werden: „quia praesumitur esse testis redemtus.“ Nach der zweiten kann derjenige, welcher in einem anderen Rechtsſtreite ein falſches Zeugniß gegen Jemand abgelegt hat, gegen denſelben nicht wieder als Zeuge aufgeführt werden: „quia, qui semel est malus, praesumitur et postea.“ Die dritte Erklärungsart iſt, daß nach Eröffnung der Zeugenausſagen derſelbe Zeuge in derſelben Sache nicht wieder producirt werden könne. Die vierte endlich geht dahin, daß ein Zeuge überhaupt in derſelben Sache nicht zweimal producirt werden könne. Nach der erſten, zweiten und dritten Erklärung ſei übrigens kein Unterſchied, der reus ſei accusatus oder conventus, alſo Angeklagter in einer Criminalſache oder Beklagter in einer Civilſache. Von allen dieſen Erklärungsarten weicht Budäus[286]) ab. Er hält die Stelle, ſo wie ſie lautet, für verdorben, und ſucht den Text auf folgende Weiſe zu verbeſſern: Produci testis non potest in reum, qui ante in eum testimonium dixit. Der Sinn iſt hiernach der, daß derjenige wider den Beklagten nicht als Zeuge zugelaſſen werden könne, gegen welchen derſelbe Beklagte vorher ein Zeugniß abgelegt hat, weil zu beſorgen iſt, der Zeuge werde ſich an dem Beklagten rächen. Dieſer Verbeſſerung des Textes treten auch Andere[287]) bei. Nur Cujacius[288]) mißbilligt ſie und verſteht vielmehr die Stelle ſo: Wer vorher wider den Beklagten ein Zeugniß abgelegt hat, kann nicht wieder für denſelben als Zeuge aufgeführt werden. „Quemadmodum enim“ ſagt er „reprobare testem in alia causa semel probatum nequeo (L. 17. C. IV. 20.) ita probare sine pudore non possum, quem semel excepero et refutavero.“ Er billigt alſo hiermit die erſte Erklärung des Accurſius, und ſucht ſie beſonders durch das Anſehen

284) „Ἀμφιβάλλω περὶ τούτου. μᾶλλον δὲ ἀνενδοιάστως φησὶ ψεῦδος τοῦτο.“

285) Promt. Lib. I. Tit. 6. §. 45. Doch hat das Proch. Tit. XXVII. §. 29., die Quelle der Stelle des Harmenopulus, nicht ὑπὲρ αὐτοῦ, ſondern κατ᾽ αὐτοῦ, ſo daß der Sinn iſt: Niemand kann zweimal gegen denſelben Zeugniß ablegen. Doch leſen auch manche Handſchriften des Harmenopulus κατ᾽ αὐτοῦ.

286) Adnot. prior. et posterior. in Pand. fol. 200. lit. H. (Lutetiae 1556. Fol.)

287) Busius, Subtilitat. iur. Lib. I. cap. 16. Donellus, Comm. iur. civ. Lib. XXV. cap. 4.

288) Observ. Lib. II. cap. 23.

Digitized by Go

des Harmenopulus zu unterstützen. Die Verbesserung des Budäus ist von ihm mit Recht verworfen worden. Denn abgesehen davon, daß dieselbe viel zu gewaltsam ist, als daß sie nach den Regeln der Kritik sich rechtfertigen ließe; so ist dies auch gar kein Grund zur Verwerfung eines Zeugen, weil der Beklagte, wider welchen er producirt wird, früher in einer anderen Sache wider den Zeugen selbst ein Zeugniß abgelegt hat. Es gilt ja sogar in Criminalsachen die Regel: Res inter alios iudicatae aliis non praeiudicant [289]), und also noch vielmehr in Civilsachen. Ueberdies ist auch hier gar nicht von einem anderen, sondern von demselben Rechtsstreite die Rede, in welchem der Zeuge gegen denselben Beklagten gezeugt hat. Die Erklärung des Cujacius ist aber deshalb nicht richtiger [290]). Denn es steht kein Wort davon in der Stelle, daß der Zeuge, welchen jetzt der Beklagte für sich aufführt, von ihm vorher verworfen worden sei. Es läßt sich vielmehr daraus, daß er ihn jetzt selbst für sich aufführt, das Gegentheil schließen. Ueberdies ist ja auch die Frage, ob nicht derjenige Zeuge, welchen ich verworfen habe, dennoch für mich zeugen könne, besonders wenn mein Gegner ihm nichts vorzuwerfen im Stande ist, was ihn verdächtig machen könnte. Ferner steht dieser Erklärung auch das Ansehen der Basiliken entgegen, und die in denselben wiedergegebene Auffassung des mit Justinian gleichzeitigen Antecessor Julianus fällt doch weit mehr in das Gewicht, als das eines späteren griechischen Juristen (Harmenopulus), zumal der Scholiast zu den Basiliken selbst diese Auslegung geradezu für falsch erklärt, und die Quelle des Harmenopulus, des Basilianischen Prochirum, die Stelle ganz ebenso wiedergiebt, wie die Basiliken, also mit diesen aus derselben Quelle, aus des Anonymus (Julianus) Digestenbearbeitung geschöpft ist. Eine andere Erklärung [291]) stützt sich auf die Verbindung der L. 23. cit. mit der vorhergehenden L. 22., welche ebenfalls von Venulejus herrührt. Aus dieser Verbindung soll sich folgender Sinn ergeben. Wenn Jemand bei einer Obrigkeit oder einer anderen öffentlichen Person, z. B. einem Notar, auf das außergerichtliche Verlangen eines Anderen für denselben einmal ein Zeugniß abgelegt hat, welches, in eine öffentliche Urkunde verfaßt, demjenigen übergeben worden ist, auf dessen Verlangen die Abhörung dieses Zeugen geschehen ist; so könne ein solcher Zeuge nachher gerichtlich nicht für denjenigen aufgeführt werden, gegen welchen er, entweder als Beklagter oder als Angeklagter, vorher ein Zeugniß abgelegt hat. Es trete hier der Grund ein, welchen Modestin [292]) anführt: „testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant, audiendi non sunt." Denn das

289) L. 7. §. 2. D. 48. 2.

290) Vgl. Fornerius, Select. Lib. II. cap. 10. (in Otto, Thes. iur. Rom. T. II. p. 57. Gundlingiana St. IX. Nr. II, §. 3, 5, S. 363.

291) Vgl. M. Lyklama von Nyholt, Membran. Vol. I. Lib. V. Eolog. 7. p. 313 sq. (Ienae 1624.)

292) L. 2. D. 22. 5.

Digitized by Google

„audiendi non sunt" bedeute ebenso viel, als wenn Venulejus sagt: „produci non possunt." Es ist aber schwer, zwischen den Stellen des Digestentitels de testibus, welche einzelne allgemeine Sätze von Zeugen enthalten, einen Zusammenhang zu finden. Schon oben ist ein Beispiel angeführt worden, wo man die L. 9. dieses Titels durch Verbindung mit L. 10. hat erklären wollen, obschon gar nichts für eine solche Verbindung spricht. Am wenigsten kann man einen solchen Zusammenhang zwischen der L. 22. und 23. D. 22. 5. finden, welche zwar beide von Venulejus herrühren, aber aus ganz verschiedenen Schriften dieses Juristen entlehnt sind. Offenbar spricht die L. 22., welche aus dieses Juristen lib. II. de officio Proconsulis genommen ist, nicht von gerichtlichen Beweiszeugen, sondern von Instruments- und Solennitätszeugen. „Curent magistratus cuiusque loci" sagt der Jurist, „testari volentibus et se ipsos, et alios testes vel signatores praebere, quo facilius negotia explicentur, et probatio rerum salva sit." Man mag nun hier das Wort testari mit den Basiliken (Lib. XXI. Tit. 1. cap. 21. „*Οἱ ἄρχοντες ἑκάστου τόπου μαρτυροῦσιν ἐν διαθήκαις, καὶ παρασκευάζουσι καὶ ἄλλους μαρτυρεῖν*") für gleichbedeutend mit testamentum condere nehmen, wofür sich auch der Scholiast (Sch. I. T. II. p. 401. ed. Heimb.) ausspricht, oder in der weiteren Bedeutung, Etwas vor Zeugen erklären; so kann die Stelle doch immer nur von Solennitäts- oder Instrumentszeugen verstanden werden, worauf die Erklärung des Ausdrucks „testes" durch „vel signatores" unzweideutig hinweist. Ganz unrichtig ist es, die L. 22. mit Accursius von der Aufnahme eines Zeugnisses ad perpetuam rei memoriam zu verstehen[293]). Denn mit dieser Erklärung sind die Worte „quo facilius negotia explicentur" nicht zu vereinigen, abgesehen davon, daß das Wort testari in dieser Bedeutung nicht leicht vorkommen wird. Gundling[294]) verwirft ebenfalls alle bisherigen Erklärungen. Er hält gleichfalls den Text für verdorben; er verbessert ihn aber auf weniger gewaltsame Art, als Budäus, indem er statt „in eum reum" liest „in eam rem", was soviel bedeuten soll als in eodem negotio. Der Sinn der Stelle soll also dahin gehen, daß in demselben Rechtsstreite ein Zeuge, welcher einmal abgehört worden ist, nicht noch einmal producirt werden könne, und dieser Satz soll in Civilsachen und Criminalsachen unleugbar gelten. Eine nochmalige Production zur Wiederholung der Aussage sei nämlich unnöthig; was deutlich geschrieben und deutlich gesagt worden, bedürfe keiner Wiederholung. Ebenso wenig sei eine Wiederholung zu dem Behufe zulässig, daß der Zeuge seine Aussage ändern solle, weil solche dem Producenten nicht anstehe. Denn dergleichen Collusion tauge

293) Wie Lyclama van Nyholt l. c. und Desiderius Heraldus, de rer. iudicat. auctoritate Lib. I. cap. 6. §. 3. i. f. (in Otto, Thes. iur. T. II. p. 1103.) gethan haben.

294) Gundlingiana St. IX, Nr. II, §. 6 flg., S. 366—368.

Digitized by Google

nichts: nicht auf Seiten des Zeugen, weil er sich auf solche Weise selbst verwerflich machen oder auch einer empfindlichen Strafe aussetzen würde (L. 2. 16. D. 22. 5.); auch nicht auf Seiten des Producenten, weil der Richter ihn nicht hören dürfe. Ein Anderes sei, was der Richter für sich thun könne (cap. 53. X. II. 20.). Abgesehen davon, daß diese Textesverbesserung die Auctorität des Basilianischen Prochirum und der Basiliken gegen sich hat, ist sie auch an sich unnöthig. Denn idem reus ist ja der nämliche Beklagte in demselben Rechtsstreite, oder im Criminalprocesse derselbe Angeklagte wegen desselben Verbrechens, wegen dessen er angeklagt worden ist. Es liegt also schon in den Worten „in eum reum" der Satz, welchen Gundling durch seine Emendation hat hervorbringen wollen, nämlich daß derselbe Zeuge in derselben Sache nicht zweimal producirt werden solle[295]). Gmelin[296]) bezieht die L. 23. cit. auf den Fall, wenn der Richter, durch außerordentliche Ursachen veranlaßt, nach der Eröffnung der Zeugenaussagen noch neue Beweisführung gestattet. In diesem Falle dürfte derselbe Zeuge, welcher schon in derselben Sache abgehört worden ist, nicht noch einmal von demjenigen producirt werden, gegen welchen er schon in derselben Sache gezeugt hat. Es scheine nämlich die Zusammenstellung der beiden Worte eum und reum dahin zu deuten, daß dieser reus es sei, welchem in dem ersten Theile der Stelle die Aufführung desselben Zeugen untersagt wird. Lege man der L. 23. diesen Sinn bei, so stehe die Bestimmung derselben nicht nur mit der L. 17. C. IV. 20. im vollkommenen Einklange; denn sie enthalte nun einen zureichenden Grund, warum Justinian in der L. 17. seine Verordnung über die Folge einer gebrauchten Zeugenaussage blos auf den Fall eines anderen Rechtsstreites beschränkte, weil bei dem Verbote der Aufführung eines Zeugen von demjenigen, gegen welchen er in demselben Rechtsstreite ausgesagt hat, der Fall nicht eintreten konnte, daß ein Zeuge gegen denjenigen aufgeführt würde, welcher seine Aussage in demselben Rechtsstreite benutzt hatte; sondern sie habe auch den sehr wichtigen Grund für sich, daß durch die Gestattung einer solchen Production von dem, gegen welchen der Zeuge ausgesagt hat, eine ganz vergebliche Handlung veranlaßt werden würde. Denn bleibe der Zeuge, der Wahrheit getreu, bei seiner vorigen Aussage, so sei eine neue Abhörung desselben unnütz. Weiche er aber davon ab, so würde die Folge davon ein ewiger Streit und eine unübersehbare Verwirrung und Verlängerung des Beweisverfahrens sein. Warum jedoch hier der besondere Fall anzunehmen sei, wenn die Production des schon abgehörten Zeugen von demjenigen geschieht, gegen welchen dieser Zeuge in derselben Sache ein Zeugniß abgelegt hat,

---

295) Dies hat schon Marckart, Probabilia receptorum lectionum iuris civilis (Trai. ad Rhen. 1737.) ad L. 23. D. 22. 5. p. 14. Eben diesen Sinn legt Schrader ad tit. Dig. de testibus ad L. 23. p. 73. not. g., ohne Emendation, der Stelle bei.

296) Gmelin, über die Beweiskraft eines Zeugen §. 43, S. 123 flg.

ergebe sich daraus, weil durchaus kein vernünftiger Grund denkbar sei, weshalb der Producent, welchem eine neue Beweisführung einmal verstattet worden, nicht dieselbe Person, welche er das erste Mal aufführte, als Zeugen wieder produciren dürfte, um sie etwa über zuvor außer der Acht gelassene oder nicht bestimmt genug ausgedrückte Punkte, oder weil das erste Mal in der Form der Vereidung oder Abhörung von dem Richter gefehlt worden, um sie über die vorigen Artikel noch einmal auf förmliche und rechtsgiltige Weise abhören zu lassen. So viel auch diese letzte Erklärung für sich hat, so sind doch die Worte „Produci testis is non potest" zu allgemein ausgedrückt, als daß sie blos auf den reus zu beschränken wären, gegen welchen der Zeuge schon ausgesagt hat. Denn erklärt man die Stelle des Venulejus in ihrem ursprünglichen Sinne, in welchem dieser römische Jurist den darin enthaltenen Satz aufstellte, so ist wohl zunächst der Ankläger gemeint, da der Jurist in der Schrift, aus welcher die Stelle entlehnt ist, vom Criminalprocesse handelte. Der Ankläger pflegte nun die Zeugen selbst zu vernehmen, wobei der Richter ihm blos insofern zur Hand sein mußte, daß er die Aussagen der Zeugen niederschrieb und, wenn ein Zeuge die Ablegung des Zeugnisses verweigerte, Zwangsmittel anwenden konnte [297]). Ein solcher Zwang fand vor Justinian nur im Civilprocesse statt [298]). Die Abhörung der Zeugen pflegte aber gewöhnlich der Anklage vorherzugehen. Es gehörte dieses zur Begründung der Anklage, mit welcher die subscriptio in crimen verbunden war [299]). Hatten nun die Zeugen gegen den Angeschuldigten ausgesagt, so konnte der Ankläger nachher, wegen desselben Verbrechens, nicht noch einmal die Anstellung eines Verhörs mit ihnen verlangen, weil man eine Prävarication besorgte [300]). Ebenso wurden auch im Civilprocesse, auf welchen die L. 23. ebenfalls anzuwenden ist, die Zeugen von den Parteien vernommen, und zwar von dem Producenten wie von dem Producten, nach der Zeit, als das Verfahren ohne iudex aufgekommen war, vom Richter in Gegenwart der Parteien [301]). War nun diese Vernehmung einmal geschehen, so fand keine Wiederholung statt, einmal, um alle Subornation zu vermeiden, und dann, weil es eine vergebliche Handlung gewesen sein würde. Denn entweder hatte der Zeuge ein wahres oder ein falsches Zeugniß abgelegt. Im ersten Falle war eine nochmalige Vernehmung unnöthig. Gab die Partei auch nachher noch einzelne Umstände der bestrittenen Thatsache an, über welche der Zeuge noch hätte vernommen werden sollen, so hatte es ja die Partei ihrer eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben, daß sie den Zeugen nicht zur genaueren Angabe aller einzelnen Umstände veran-

297) Cic. in Verrem. Lib. V. cap. 59. Orat. pro Roscio Amerino cap. 38. Orat. pro Flacco cap. 10. Plin. Epist. Lib. VI. Ep. 5.

298) Quinctilian. Instit. orat. Lib. V. cap. 7. Plin. Epist. Lib. III. Ep. 9.

299) L. 7. pr. verbunden mit L. 3. pr. D. 48. 2.

300) L. 1. 3. D. 47. 15.

301) Vgl. Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechtes Bd. 3, §. 133, 148.

Digitized by Google

laßte, da ſie den Zeugen entweder ſelbſt verhörte oder wenigſtens bei dem Zeugenverhör gegenwärtig war oder gegenwärtig ſein konnte[302]). Nimmt man auch dieſe letzte, von Glück gegebene Erklärung, welche uns die wahrſcheinlichſte zu ſein dünkt, an, ſo liegt doch auf der Hand, daß in unſerem heutigen gemeinen Proceſſe, wo das Zeugenverhör in Abweſenheit der Parteien geſchieht, von dieſer Stelle kein Gebrauch gemacht werden kann. Denn da die Partei dem Zeugenverhör nicht beiwohnt, ſo läßt ſich ihr auch kein Vorwurf der Nachläſſigkeit machen. Es muß ihr alſo frei ſtehen, wenn der Zeuge dunkele oder zweideutige Ausſagen erſtattet hat, die Wiederholung der Vernehmung zu verlangen. Iſt die Ausſage des Zeugen unvollſtändig und erſtreckt ſich nicht auf alle demſelben zur Beantwortung vorgelegten Punkte, ſo iſt eine Wiederholung der Vernehmung ebenſo unbedenklich. Hat die Partei aber ſelbſt darin gefehlt, daß ſie in den Artikeln nicht alle Umſtände, über welche der Zeuge zu vernehmen war, angegeben hat, ſo kannte ſie entweder dieſe Umſtände, und dann hat ſie es ſich ſelbſt zuzuſchreiben, daß ſie innerhalb der peremtoriſchen Beweisfriſt dieſelben nicht in die Zeugenartikel aufnahm; oder ſie kannte ſie nicht. Im letzteren Falle ſteht ihr der Ablauf der Beweisfriſt nicht entgegen, und ſie muß auf den Grund neuer Entdeckung mit nochmaliger Production auch deſſelben Zeugen zugelaſſen werden.

2) Verdächtige Zeugen[303]). Verdächtig (testes suspecti) ſind alle diejenigen Zeugen, deren Wahrnehmungsvermögen oder Glaubwürdigkeit gegründeten Zweifeln unterliegt. In den Geſetzen ſind die möglichen Verdachtsgründe nicht erſchöpfend angegeben; vielmehr iſt es in denſelben im allgemeinen dem richterlichen Ermeſſen anheimgeſtellt, aus den Umſtänden, aus der Perſon des Zeugen, aus ſeinen Ausſagen und aus ſeinem Verhältniß zu der Rechtsſache oder den Parteien zu beurtheilen, in welchem Grade der Zeuge glaubwürdig ſei oder nicht[304]). Es kann daher der Richter unter Umſtänden die Ausſage eines Zeugen aus Gründen für verdächtig oder gar verwerflich erklären, wenn auch die Geſetze derſelben keine Erwähnung gethan haben[305]). Eine voll-

302) Merkwürdig iſt die Stelle bei Quinctilian. Instit. orat. Lib. V. cap. 7.

303) Vgl. Pratobevera, Materialien VII, §. 8, 9. Glück, Erl. der Pand. Bd. 22, §. 1177. Schmid, Handb. des Civilproc. Bd. 2, §. 134.

304) L. 2. D. 22. 5. (Modeſtin): „In testimoniis autem dignitas, fides, mores, gravitas examinanda est; et ideo testes, qu adversus fidem suae testationis vacillant, audiendi non sunt." L. 3. pr. D. eod. (Calliſtratus): „Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in eorum persona exploranda erunt inprimis conditio cuiusque utrum, utrum quis decurio, an plebeius sit, et an honestae et inculpatae vitae, an vero notatus quis et reprehensibilis, an locuples vel egens sit, ut lucri quid facile admittat, vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat; nam si careat suspicione testimonium vel propter personam, a quo fertur, quod honesta sit, vel propter causam, quod neque lucri, neque gratiae, neque inimivitiae causa sit, admittendus est."

305) Darüber exiſtirt ein Reſcript Kaiſer Hadrian's an Valerius Verus in L. 3. §. 2. D. 22. 5., deſſen Worte folgende ſind: „Quae argumenta

Digitized by Google

ſtändige Aufzählung der Gründe, welche Zeugen verdächtig machen, iſt daher nicht möglich. Folgende Verdachtsgründe ſind die häufigſten: 1) beſondere zu vermuthende Vorliebe und Zuneigung für eine Partei, ſie mag nun was für immer einen Grund haben[306]). Daher ſind namentlich Ehegatten und Verlobte, Verwandte und Verſchwägerte verdächtige Zeugen. Rückſichtlich der Ehegatten fehlt es zwar an einer geſetzlichen Beſtimmung, welche deren Zeugniß für verdächtig erklärt; es liegt aber in der Natur des ehelichen Verhältniſſes, daß ſich kein unbefangenes Zeugniß hier erwarten läßt. Daſſelbe findet, wenn auch in geringerem Grade, bei Verlobten ſtatt. Auch für die Verdächtigkeit des Zeugniſſes Verwandter und Verſchwägerter giebt es keine directe Beſtimmung (Adſcendenten und Deſcendenten ſind nach den Geſetzen unfähige Zeugen); dieſelbe wird nur aus Beſtimmungen des römiſchen Rechtes gefolgert, welche das testimonium domesticum verwerfen[307]).

ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest; sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas demonstratur; alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris." L. 13. D. eod. (Papinian): „... verumtamen, quod legibus omissum est, non omittetur religione iudicantium, vel quorum officium pertinet, eius quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere." Damit ſtimmt die Reichsgeſetzgebung überein. Jüngſter Reichsabſchied §. 56: „Und demnach mehrentheils zu des Richters Ermeſſen ſtehet, was und wie viel den abgehörten Zeugen oder deren Ausſagen zu glauben" ꝛc.

306) L. 3. pr. D. 22. 5.

307) L. 24. D. 22. 5. (Paulus): „Testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogari non placuit." L. 3. C. IV. 20. (Valerianus und Gallineus): „Etiam iure civili domestici testimonii fides improbatur." Die erſte Stelle (vgl. darüber Glück, Erl. der Pand. Bd. 22, S. 250 flg.) ſpricht nur vom Zeugniß in Criminalſachen, und es ſind unter den testes de domo accusatoris producti wohl nur die unter der väterlichen Gewalt des Anklägers befindlichen Perſonen zu verſtehen. Denn nach der Erklärung Ulpian's in L. 195. §. 2. D. 50. 16. wird das Wort domus für die Familie eines paterfamilias genommen, und darunter ſind nur diejenigen Perſonen zu verſtehen, welche in ſeiner Gewalt ſtehen. Daß auch der paterfamilias ſelbſt als Haupt der Familie, dazu gehöre, ſagt Celſus in L. 196. D. 50. 16. das Wort domesticus hat zwar auch eine weitere Bedeutung, in welcher nicht nur alle, welche zur Familie und Verwandtſchaft des Beweisführers gehören, ſondern auch Freigelaſſene, ſogar ſolche, welche um einen bedungenen Lohn ihm Dienſte leiſten, darunter begriffen werden. In dieſer Bedeutung ſpricht Marcian von furtis domesticis in L. 11. §. 1. D. 48. 19. Daß hier nicht die weitere, ſondern die engere Bedeutung zu Grunde zu legen ſei, dafür ſprechen folgende Gründe: 1) die Autorität Ulpian's, welcher nicht nur in ſeinen Fragm. Tit. XX. §. 8. die in der Gewalt des Teſtators oder des familiae emtor befindlichen Perſonen von dem Zeugniß bei Teſtamenten ausſchließt und ſich dabei des Ausdruckes bedient: „et ob id domestici testes adhibendi non sunt", ſondern auch in L. 17. D. 22. 5. noch insbeſondre der Ausdruck „testes ea una domo" erklärt, indem er ſagt: „Pater et filius, qui in potestate eius est, item duo fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes utrique in eodem testamento vel eodem negotio fieri possunt, quoniam nihil nocet,

Digitized by Google

Indeſſen kann die Verdächtigkeit des Zeugniſſes der Verwandten oder Verſchwägerten wohl nicht hierauf geſtützt werden, da der Ausdruck testimonium domesticum weniger auf Verwandtſchaft und Schwägerſchaft, als vielmehr auf die Verbindung durch die potestas zurückgeführt wird. Vielmehr iſt die natürliche Zuneigung, welche Verwandte und Verſchwägerte zu einander zu haben pflegen, auch ohne ausdrückliche Geſetze ein hinreichender Grund, ihr Zeugniß für verdächtig zu halten. Dieſer Grund wird von Paulus für die Verwerflichkeit des Zeugniſſes der Adſcendenten und Deſcendenten geltend gemacht [308]), und er iſt, wenn gleich in geringerem Grade, auch bei Seitenverwandten vorhanden. Er wird auch inſofern in den Geſetzen anerkannt, als Verwandte bis zu einem gewiſſen Grade nicht zum Zeugniß gegen Verwandte ſollen gezwungen werden können [309]). Unrichtig iſt es aber, wenn man aus der in der Note angeführten Stelle gefolgert hat, daß der Verdachtsgrund bei Verwandten bis zum ſiebenten Grade (römiſcher Berechnung) reiche; denn dieſe Stelle bezieht ſich nur darauf, daß Verwandte bis zu dieſem Grade nicht zur Ablegung eines Zeugniſſes ſollen gezwungen werden können. Es iſt alſo durch die Geſetze nicht beſtimmt, ſondern dem richterlichen Ermeſſen anheimgeſtellt, bis zu welchem Grade der Ver-

---

ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi." 2) Die Autorität des Theophilus, welcher in ſeiner Paraphraſe des §. 8. Inst. II. 10, die letzteren Worte Ulpian's ſo erklärt hat: „*Οὐδὲν γάρ ἐστι τὸ ἐμποδίζον, ἐξ ἑνὸς οἴκου ἤτοι μιᾶς φαμιλίας πολλοὺς ἐν ἀλλοτρίᾳ μαρτυρεῖν διαθήκῃ.*" 3) Juſtinian ſelbſt nennt im §. 9. Inst. II. 10. das Zeugniß derjenigen, welche in dem Verhältniß der väterlichen Gewalt zu einander ſtehen, ausdrücklich ein domesticum testimonium. 5) Die Autorität eines unbekannten Scholiaſten zu Basil. XXI. 1. cap. 23. (L. 24. D. 22. 5.), welcher die Worte *οἰκειακοὺς αὐτῷ μάρτυρος* ſo erklärt: „*Τουτέστι τοὺς ὑπεξουσίους συγγενεῖς, οἷον υἱοὺς, ἐκγόνους.*" Vgl. Basil. Heimb. T. II. p. 401. Es ſcheint dies zwar ein neueres Scholium, aber deshalb nicht ohne Bedeutung, weil daraus ſich ergiebt, wie man ſpäter im byzantiniſchen Reiche das domesticum testimonium verſtanden hat. Jeder Zweifel verſchwindet dadurch, daß Theophilus zu §. 9. Inst. II. 10. ausdrücklich ſagt: „*Τὴν δὲ οἰκειακὴν μαρτυρίαν οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἐκώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσίστητι λαμβάνομεν,* alſo das domesticum testimonium lediglich auf die Verbindung durch die väterliche Gewalt, nicht auf die Verwandtſchaft zurückführt. Zwar iſt in den angeführten Stellen der Inſtitutionen und in L. 17. D. 22. 5. von Teſtamentszeugen die Rede; es iſt aber nicht einzuſehen, warum bei gerichtlichen Beweiszeugen der Ausdruck domesticum testimonium in einem anderen Sinne genommen ſein ſollte. Unter den testes de domo accusatoris producti ſind aber auch Sclaven des Anklägers zu verſtehen. Denn L. 1. §. 3. D. 48. 18. ſagt: „Ad quaestionem non esse provocandos eos, quos accusator de domo sua produxit ... rescripto Divorum Fratrum declaratur", und nach Ulpian's Erklärung in L. 195. §. 3. D. 50. 16. begriff das Wort familia auch alle dem paterfamilias unterworfenen Sclaven mit unter ſich. Die zweite oben angeführte Stelle (L. 3. C. IV. 20.) erklärt das domesticum testimonium in Civilſachen für verwerflich; es kann darunter aber auch nicht wohl etwas anderes verſtanden werden, als in Criminalſachen.

308) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 15. §. 3.: „... quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit."

309) L. 4. D. 22. 5.

Digitized by Google

wandtschaft oder Schwägerschaft der durch diese Verhältnisse begründete Verdacht wirken soll. Natürlich ist, je näher die Verwandtschaft, desto größer der Verdacht. Es kommt aber noch immer viel auf andere Umstände an. So pflegt unter Geschwistern, welche noch in dem elterlichen Hause mit einander leben, die Zuneigung größer zu sein, als unter Geschwistern, welche dasselbe verlassen haben; Geschwister, welche nach der Eltern Tode zusammenleben, stehen sich näher, als Geschwister, welche von einander getrennt sind[310]). Zwischen vollbürtigen und Halbgeschwistern ist übrigens kein Unterschied. Gewöhnlich pflegt man bei der Verwandtschaft über den vierten, bei der Schwägerschaft über den dritten Grad hinaus, keinen daraus hervorgehenden Verdachtsgrund anzunehmen[311]). Der durch die besondere Vorliebe des Zeugen für eine Partei veranlaßte Verdacht fällt in folgenden Fällen weg[312]): a) wenn ein solcher Zeuge von dem Gegner jener Partei benannt wurde, weil der Product in diesem Falle thatsächlich auf die Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen verzichtet, der Producent aber keinen Grund zur Protestation gegen ihn hat; b) wenn zwar jene Partei selbst den Zeugen vorgeschlagen hat, dieser aber gegen sie aussagt; c) wenn der Zeuge zu beiden Theilen in gleichem Verhältniß steht[313]); d) wenn die Verwandtschaft in Ehesachen durch die Aussage verwandter Personen dargethan werden soll[314]), was der Gerichtsgebrauch nach dem früher Bemerkten auch auf den Beweis in Sachen, welche das Heurathsgut und das Eingebrachte der Ehefrau betreffen, ausdehnt. 2) Verdächtige Zeugen sind ferner solche Personen, welche zu einer Partei in einem besonderen Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältniß stehen, wobei jedoch die unter 1. a. b. c. angegebenen Beschränkungen ebenfalls zur Anwendung kommen. Daher sind a) Dienstboten in Sachen ihrer Dienstherrschaft verdächtige Zeugen. Manche[315]) wollen zwar das Zeugniß derselben gänzlich verwerfen und ihnen alle Glaubwürdigkeit absprechen. Sie berufen sich deshalb theils auf den Ausspruch des Licinius Rufinus[316]): „Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant," theils auf die ausdrückliche Verwerfung des testimonium domesticum in den Quellen[317]).

---

310) Ueber das Zeugniß der Geschwister vgl. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4, Nr. 45.

311) Hommel, Rhaps. obs. 211. s. v. affinis. Schneider, vom Beweise §. 124. Glück Bd. 22, S. 157, N. 65.

312) Vgl. Bayer §. 246, S. 811.

313) Arg. L. 67. §. 1. D. 23. 2. verb. „quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet." Dagegen will Reinhardt, Hdb. des Civilproc. Bd. 1, §. 168, N. 1 hier keine Aufhebung des Verdachtes annehmen. Die fragliche Gesetzstelle geht zwar auf einen ganz anderen Fall; die Analogie auf den vorliegenden Fall ist aber zutreffend.

314) Cap. 3. X. IV. 18.

315) Vgl. die von Glück Bd. 22, S. 157, N. 67 Angeführten.

316) L. 6. D. 22. 5.

317) Namentlich in L. 3. C. IV. 20.

Digitized by Google

Allein der erstere Ausspruch geht auf das Zeugniß der Sclaven, wie aus der in der gleich folgenden Stelle[318]) gemachten Ausnahme hervorgeht, nach welcher dem Zeugniß eines Sclaven nur in Ermangelung anderer Beweismittel Glauben beigemessen werden soll, und höchstens noch auf das Zeugniß der Kinder unter väterlicher Gewalt, weil auch diesen „imperari potest, ut testes fiant"; und daß das testimonium domesticum das Zeugniß derjenigen Personen, welche der Gewalt eines Familienhauptes unterworfen sind, bezeichne, ist vorher unter 1. gezeigt worden. Auf die heutigen Dienstboten ist aber das, was von den Sclaven gilt, gänzlich unanwendbar, und wenn sie sich gleich in einer gewissen Abhängigkeit von der Dienstherrschaft befinden, so kann ihnen doch von derselben nicht befohlen werden, daß sie Zeugniß ablegen. Sie sind also keine unfähigen, wohl aber verdächtige Zeugen, indem die Pflicht der Dankbarkeit und Ehrfurcht gegen ihre Brodherrschaft besorgen läßt, daß sie zum Nachtheil der Wahrheit dem Interesse derselben jedes fremde Interesse nachsetzen, und daher ihr Zeugniß nicht unparteiisch sein werde. Darauf deutet das Sprüchwort hin: „Wessen Brod ich esse, dessen Lied ich singe." Der Verdachtsgrund gegen Dienstboten beruht mehr auf dem teutschen Rechte, nach welchem das Brodgesinde zum Gezeugniß in Sachen der Brodherrschaft unfähig war[319]). Nach Beendigung des Dienstverhältnisses können Dienstboten in den nachherigen Rechtssachen ihrer ehemaligen Brodherrschaften als vollgiltige Zeugen auftreten[320]), während die gewöhnliche Entbindung der in Dienstverhältnissen des Producenten stehenden Personen von ihrer Dienstpflicht sie noch keineswegs vollkommen glaubwürdig macht[321]). Was von Dienstboten gilt, leidet auf Tagelöhner keine Anwendung, sie müßten denn z. B. auf einem Gute fortwährende Beschäftigung finden und nicht leicht anderwärts sich Arbeit um Lohn verschaffen können, welchenfalls sie in Sachen der Gutsherrschaft, von welcher sie als Zeugen vorgeschlagen werden, allerdings verdächtige Zeugen sein würden. b) Ein ähnliches Rechtsverhältniß, wie bei Dienstboten, tritt bei Unterthanen in Rechtssachen ihrer Obern ein, welchen sie durch Eidespflicht verbunden sind; auch sie gelten als verdächtige Zeugen; doch wird der Verdachtsgrund aufgehoben, wenn sie in Bezug auf das abzulegende Zeugniß ihrer Eidespflicht entlassen werden[322]). 3) Personen, welche in Feindschaft mit einer Partei leben, sind, wenn sie von dem Gegner derselben als Zeugen vorgeschlagen werden, verdächtige Zeugen[323]). Den höchsten Grad der

318) L. 7. D. 22. 5.

319) Vgl. z. B. Gosl. Stat. S. 93, Z. 12.

320) Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 1, Nr. 47, §. 1.

321) Die entgegengesetzte Ansicht stützt man auf cap. 38. i. f. X. II. 20. Diese Stelle geht aber auf einen ganz anderen Fall.

322) Bülow und Hagemann a. a. O. §. 4. Glück a. a. O. S. 159.

323) L. 3. pr. D. 22. 5.: „vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert." L. 17. C. IV. 20.

Digitized by Google

Feindschaft nennt man gewöhnlich eine tödtliche Feindschaft (inimicitiae capitales), welche einen solchen Haß voraussetzt, welcher unauslöschlich und daher lebenswierig ist. Die Stellen des römischen Rechtes, wenn sie der inimicitiae capitales gedenken, sprechen zwar immer von einer solchen Feindschaft, welche durch eine peinliche Anklage entstanden ist [324]), daher Manche [325]) nur diese als eine tödtliche Feindschaft gelten lassen wollen. Es ist aber hierauf die Bedeutung von inimicitiae capitales nicht zu beschränken [326]). Es wird vielmehr jeder hohe Grad der Feindschaft, sofern sie sich schon in Thatsachen ausgesprochen hat, aus welchen die Absicht des Zeugen, demjenigen, gegen welchen er als Zeuge vorgeschlagen wird, zu schaden, mit dem Namen einer tödtlichen Feindschaft bezeichnet. Ein solcher Zeuge ist entweder ganz zu verwerfen [327]), oder wenigstens sehr verdächtig. Ist der Grad der Feindschaft ein geringerer, oder stützt sich solche nur darauf, daß der Zeuge selbst mit dem Producten in einem Rechtsstreite befangen ist, so ist sein Zeugniß zwar zulässig, es ist aber die Frage wegen seiner Glaubwürdigkeit dem richterlichen Ermessen zu überlassen [328]). Der auf der Feindschaft beruhende Verdacht fällt weg, wenn der Zeuge von demjenigen, welchem er feindlich gesinnt ist, selbst als Zeuge vorgeschlagen wird oder wenn er zum Vortheile desselben aussagt [329]). 4) Personen, deren schlechter Lebenswandel ihre Glaubwürdigkeit herabsetzt (notati et reprehensibiles), sind verdächtige Zeugen [330]). Hierher gehören insbesondre solche, welche sich der Trunkenheit ergeben haben, gerichtlich erklärte Verschwender u. s. w. 5) Diejenigen, welche mittelbar bei dem Ausgange des Rechtsstreites betheiligt sind [331]), sind verdächtige Zeugen. Insbesondre ist dies bei Mitgliedern einer Gemeinheit der Fall, welche an dem Ausgange des Rechtsstreites der letzteren ein mittelbares Interesse haben, wie früher gezeigt worden ist. 6) Diejenigen, welche sich in einem Zustande befinden oder zur

---

324) L. 3. §. 11. L. 31. §. 2. D. 34. 4. L. 6. §. 17. D. 27. 1. Nov. 90. cap. 7.

325) Vgl. die von Glück a. a. O. S. 154, N. 53 Angeführten.

326) Puettmann, Adversar. iur. univ. Lib. I. cap. 1.

327) So spricht Justinian in L. 17. C. IV. 20. von inimicitiae, „ex quibus testes repelli leges praecipiunt", und in Nov. 90. cap. 7. wird derjenige, welcher dem Producten so feindlich gesinnt ist, daß er denselben peinlich angeklagt hat, als gänzlich verwerflicher Zeuge bezeichnet.

328) Nov. 90. cap. 7 : *„εἰ δὲ ἄλλως ἀπεχθὴς εἶναι λέγοιτο, ἢ καὶ αἰτιώσασθαι χρηματικῶς, πρῶτα μὲν τὰ τῆς μαρτυρίας, τῷ δὲ καιρῷ τῶν παραγραφῶν φυλαττέσθω τὰ τῶν τοιούτων ζητήσεων."* Hiermit ist nur gesagt, daß den Beweiseinreden die Frage wegen der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses vorbehalten werden soll, nicht daß jede Uneinigkeit, jeder Rechtsstreit, welchen der Zeuge mit dem Producten gehabt hat, einen Verdacht gegen den ersteren begründen soll. Vgl. Glück a. a. O. S. 155 und die daselbst in Note 56 Angeführten.

329) Bayer a. a. O. S. 812.

330) L. 3. pr. D. 22. 5.

331) Linde, Civilproc. §. 259. Schmid, Civilproc. Bd. 2, §. 134.

Digitized by Google

Zeit der Wahrnehmung befanden, welcher, wenn er vollständig vorhanden wäre, sie zum Zeugniß unfähig machen würde, hier aber in geringerem Grade vorliegt, z. B. bei denjenigen, welche schweres Gehör oder blödes Gesicht haben. — Was den Werth der Aussagen verdächtiger Zeugen anlangt, so können Zeugen unter gewissen Umständen in so hohem Grade verdächtig sein, daß ihrer Aussage gar kein Glaube beigemessen wird. In der Regel haben ihre Aussagen nicht gleiche Beweiskraft, wie die der sog. classischen Zeugen (testes omni exceptione maiores). Sie können Wahrscheinlichkeit begründen; die Frage aber, welcher Grad derselben dadurch begründet werde, ist dem richterlichen Ermessen im einzelnen Falle überlassen [332]). Man hat zwar das freie Ermessen des Richters über die gänzliche Unglaubwürdigkeit verdächtiger Zeugen für solche Zeugen für ausgeschlossen gehalten, bezüglich welcher in den Gesetzen die Ausdrücke gebraucht werden „non admittantur" oder „repellantur, respuantur, interdicitur, ne liceret," weil, wenn der Richter ihren Aussagen auch nur einigen Werth beilegen dürfte, die Zulassung (admissio) zur Abhörung nicht untersagt sein könnte [333]). Allein die angeführten oder im Wesentlichen gleichbedeutenden Ausdrücke kommen bei allen Arten verdächtiger Zeugen vor. Es wird sogar in einer Digestenstelle [334]) ganz allgemein bemerkt: „si careat suspicione testimonium, admittendus est testis", woraus nach jenem Argument, streng genommen, folgen würde, daß jeder verdächtige Zeuge völlig unglaubwürdig sei. Dieses Resultat würde aber nicht nur dem heutigen Gerichtsgebrauche, sondern auch dem römischen Rechte selbst widersprechen, indem in mehreren Stellen desselben zu verstehen gegeben wird, daß auch einem nicht ganz unverdächtigen Zeugnisse wenigstens einiger Werth beigelegt werden dürfe [335]). Die angeführten Ausdrücke sind daher nicht so streng zu nehmen, sondern haben im allgemeinen nur den Sinn, daß die Aussagen gewisser Personen nicht als vollgiltige Zeugnisse zuzulassen seien. Die Wahrscheinlichkeit, welche durch die Aussagen verdächtiger Zeugen begründet werden kann, läßt zwar eine Steigerung durch die Zahl der Zeugen zu [336]). Wenn aber von Manchen [337]) der Satz aufgestellt wird, daß zwei verdächtige Zeugen ebenso viel beweisen, wie Ein vollgiltiger, und vier verdächtige so viel, wie zwei vollgiltige, so ist dies unrichtig und dem Princip der in Note 332 angeführten Gesetze geradezu entgegen [338]). Ausnahmsweise kann durch verdächtige Zeugen sogar formelle Wahrheit begründet werden: 1) wenn derjenige, welcher wegen vorliegender Verdachtsgründe gegen

---

332) L. 3. pr. §. 1. 2. L. 13. D. 22. 5. Jüngster Reichsabsch. §. 56.
333) Vgl. dagegen Bayer a. a. O. S. 813, 814.
334) L. 3. pr. D. 22. 5.
335) Z. B. in L. 3. §. 1. D. 22. 5.: „quanta fides habenda sit."
336) Gesterding, Nachforsch. Bd. 1, S. 191 flg.
337) Hommel, Rhaps. obs. 210. Reg. 10.
338) Gesterding a. a. O.

Digitized by Google

den Zeugen Einwendungen zu machen befugt wäre, selbst denselben producirt; denn in diesem Falle kann der Producent gegen die Glaubwürdigkeit jenes Zeugen keine Einwendungen wegen der Persönlichkeit [339]) desselben machen, wenn derselbe gegen ihn aussagt [340]), außer wenn neue oder neu in Erfahrung gebrachte Gründe des Verdachtes vorliegen [341]). Es gilt dasselbe nicht blos in derselben Streitsache, sondern auch in anderen [342]). Ob dieser andere Rechtsstreit zwischen dem jetzigen Producenten und Producten, oder zwischen jenem und einem dritten stattfindet, wird in der betreffenden Gesetzstelle nicht unterschieden; es wird also angenommen, daß die gesetzliche Bestimmung, daß derjenige, welcher Zeugen in einem Processe für sich anführt und vorschlägt, gegen solche später in einem anderen Processe, wenn sie als Zeugen gegen ihn gebraucht werden, keine Einwendungen hinsichtlich ihrer Person solle machen dürfen, Anwendung findet, gleichviel ob der andere Rechtsstreit zwischen dem jetzigen Producenten und Producten, oder zwischen jenem und einem Dritten geführt wird [343]). Gleichwohl scheint diese Annahme nicht gebilligt werden zu können. Denn daraus, daß Jemand in einem Rechtsstreite Zeugen für sich benennt und solche also als glaubwürdig anerkennt, kann doch der Natur der Sache nach eigentlich nur der Proceßgegner ein Recht erwerben, daß diese Zeugen, wenn er sie in einem anderen Rechtsstreite mit seinem früheren Gegner gegen denselben als Zeugen vorschlägt, von diesem nicht wieder als unglaubwürdig angefochten werden, wenn nicht später entstandene oder neu bekannt gewordene Verdachtsgründe vorliegen. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber hier auch an einen anderen Rechtsstreit desjenigen, welcher die Zeugen für sich angeführt hat, mit einem Dritten gedacht habe, der aus der früheren Production der Zeugen kein Recht erwerben konnte darauf, daß sein jetziger Proceßgegner

---

339) Denn wenn sich aus der Aussage desselben seine Verdächtigkeit begründen läßt, so gilt dieser Grundsatz nicht. L. 17. C. IV. 20. Gesterding, Nachforsch. Bd. 4, S. 97 flg.

340) L. 17. C. IV. 20.: „Si quis testibus usus fuerit, iidemque testes adversus eum in alia lite producantur: non licebit ei personas eorum excipere, nisi ostenderit, inimicitias inter se et illos postea emersisse, ex quibus testes repelli leges praecipiunt; non adimenda scilicet ei licentia, ex ipsis depositionibus testimonium eorum arguere. Sed et si liquidis probationibus datione vel promissione pecuniarum eos corruptos esse ostenderit, etiam eam allegationem integram ei servari praecipimus.“ Vgl. über diese Constitution Glück Bd. 22, S. 225 flg.

341) L. 17. C. cit. und arg. cap. 4. X. II. 25. Gesterding a. a. O. Glück a. a. O. S. 229—232. In ersterer Stelle ist zwar nur von nachher entstandener Feindschaft und von Bestechung des Zeugen die Rede; es ist aber anzunehmen, daß diese nur beispielsweise angeführt worden seien, und andere nachher entstandene oder bekannt gewordene Einreden gegen die Person des Zeugen nicht haben ausgeschlossen werden sollen.

342) Dies sagt L. 17. C. cit. ausdrücklich.

343) Glück a. a. O. S. 226. Gesterding a. a. O.

Digitized by Google

die von ihm in einem Processe mit einem Andern benannten Zeugen in dem jetzigen gegen sich gelten lassen müsse. Für den Fall eines mit einem Andern, als dem früheren Proceßgegner, geführten späteren Rechtsstreites etwas zu bestimmen, dazu lag für den Gesetzgeber nicht die geringste Veranlassung vor. Denn dieser spätere Rechtsstreit mit einem Andern ist eine fremde, ganz für sich bestehende Sache, und es wäre geradezu sonderbar gewesen, wenn hier der Gesetzgeber der Production der Zeugen in einem früheren Processe Wirkung und Einfluß auf einen späteren Rechtsstreit mit einer anderen Gegenpartei hätte beilegen wollen. Es war schon eine exorbitante Bestimmung, daß der Production der Zeugen in einem früheren Processe Einfluß auf einen späteren Proceß derselben Parteien verstattet wurde, da die Zeugen, welche Jemand in einem früheren Processe für sich vorschlägt, in einem anderen Processe mit demselben Gegner (also auch wegen eines ganz verschiedenen Streitgegenstandes) aus verschiedenen Gründen sehr verdächtig und unglaubwürdig sein können. Noch viel exorbitanter aber und geradezu unerklärlich muß die Bestimmung erscheinen, welche die hier bestrittene Ansicht in der L. 17. C. IV. 20. findet. Man könnte dagegen einwenden, daß das Interesse desjenigen, welcher Zeugen in einem früheren Processe für sich producirt, auch in einem späteren Processe mit einem anderen Gegner, welcher diese Zeugen gegen ihn producirt, jedenfalls vollständig dadurch gewahrt werde, daß ihm das Vorbringen neu entstandener oder neu bekannt gewordener Verdachtsgründe gegen die Zeugen durch das Gesetz gestattet ist. Aber auch dieser Einwand wird dadurch beseitigt, daß in der That das gedachte Interesse schlecht gewahrt ist, weil jedenfalls immer erst der Beweis wird geführt werden müssen, daß Verdachtsgründe gegen die Zeugen erst später entstanden oder erst jetzt in Erfahrung gebracht worden seien, sollte auch der Beweis der jetzt erst erlangten Wissenschaft nur durch eidliche Bestärkung desjenigen, welcher solche Gründe vorbringt, zu führen sein. 2) Durch die Aussagen verdächtiger Zeugen kann ferner formelle Wahrheit dann hergestellt werden, wenn keine Einwendungen von Seiten desjenigen, welcher dazu befugt wäre, wegen der Verdächtigkeit der vom Gegner vorgeschlagenen Zeugen gemacht werden[344]), und kein Verdachtsgrund aus den Acten hervorgeht. Da nämlich der Richter die Beweiskraft des Zeugnisses zu prüfen hat, so darf er Umstände, welche die Glaubwürdigkeit schwächen, und welche nicht durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht aufgehoben werden (wodurch jedoch nur eine relative Verdächtigkeit oder Unfähigkeit gehoben werden kann), welcher letztere namentlich dadurch, daß man selbst den verdächtigen Zeugen producirt, gehoben ist, berücksichtigen, und die Präclusion der Einwendungen allein legt darin dem Richter keine Beschränkung auf,

344) Vgl. cap. 31. X. II. 20. Gönner, Handb. des Civilproc. Bd. 2, Nr. 39, §. 8. Glück S. 141, 225 flg.

Digitized by Google

wenn nur jene Umstände aus den Acten hervorgehen [345]). — Die blos verdächtigen Zeugen sind, unter Vorbehalt der Einwendungen gegen ihre Glaubwürdigkeit, abzuhören.

II. Objective Bedingungen der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses.

Die Beweiskraft der Zeugenaussage ist nicht blos durch die subjective Glaubwürdigkeit der Zeugen bedingt, sondern durch die Gesetze auch noch von folgenden objectiven Voraussetzungen abhängig gemacht: 1) Die Zeugen müssen beeidigt werden [346]). Die Vereidung muß vor

---

345) Gesterding S. 94. A. M. Linde, Civilproc. §. 260, N. 6.

346) Von einer Vereidung der Zeugen in Civilsachen findet sich vor Constantin keine Spur. Die Stellen der nichtjuristischen Schriftsteller, welche man dafür angeführt hat (Valer. Max. Lib. II. cap. ult. Ex. ult. Quinctilian. Instit. Orat. Lib. V. cap. 7. n. 5.) sprechen nur von der Vereidung der Zeugen in Criminalsachen. Die Stelle des Seneca, de ira Lib. II. cap. 29.: „De parvula summa iudicaturo, tibi res sine teste non probaretur: testis sine iureiurando non valeret" liefert keinen Beweis, daß damals Zeugen in Civilsachen vereidet worden seien. Die Verordnung Constantin's, wodurch die Vereidung der Zeugen in Civilsachen eingeführt wurde, ist L. 9. C. IV. 20. Auch spätere Constitutionen gedenken des Zeugeneides. Vgl. L. 16. 18. C. IV. 20. Nov. 123. cap. 7. Auch das kanonische Recht verlangt die Vereidung der Zeugen. Die L. 9. cit. ist in das Decret aufgenommen (can. 3. Causa 4. qu. 2.) und in mehreren Stellen des Decretes, sowie in den Decretalen, ist die Nothwendigkeit des Zeugeneides eingeprägt. Can. 20. Causa 3. qu. 9. Cap. 5. 47. X. II. 20. Auch nicht einmal Geistliche werden von dieser Nothwendigkeit ausgenommen. Cap. 51. X. II. 20. (Honorius III.) Zwar findet sich im Decret als can. 38. Causa 2. qu. 6. eine Stelle aus einen Carthaginensischen Concil vom J. 401, wonach die Geistlichen nicht scheinen zum Zeugniß gezwungen werden zu können, und als can. 22. Causa 22. qu. 5. eine Stelle aus einem Concil zu Rheims, wonach Geistliche einem Laien nicht schwören sollen. Allein ersterem Stelle bezieht sich auf die ehemaligen Synodalgerichte, und will nicht, daß, wenn ein mit dem Ausspruche derselben unzufriedener Theil etwa an die Gerichte des Staates appelliren sollte, einer von den Cognitoren zur Ablegung eines Zeugnisses genöthigt werden solle. Letztere Stelle bezieht sich auf die Praxis der alten Kirche, welche durch die Praxis der neueren Zeit aufgehoben ist. Vgl. Glück Bd. 22, S. 193, 194. Ganz entscheidend ist eine Decretale Gregor's IX. (cap. 7. X. II. 7.), worin er befiehlt, daß Bischöfe den Gefährdeeid schwören sollen, jedoch ohne Berührung, nur mit Vorlegung des Evangelienbuches „sicut in testimonio dicendo". Diese letzteren Worte beweisen deutlich, daß selbst Bischöfe von dem Zeugeneide keine Befreiung haben sollen. Zwar sollen nach einer Verordnung des Kaisers Theodosius I. (L. 7. C. I. 3.) Bischöfe zur Ablegung eines Zeugnisses nicht genöthigt werden; allein auch dieses Privilegium ist durch Nov. 123. cap. 7. aufgehoben. In der aus dieser Novelle gezogenen Auth. Sed iudex C. I. 3. heißt es zwar: „Sed iudex mittat ad eos quosdam de suis ministris, ut propositis sacrosanctis Evangeliis, secundum quod decet sacerdotes, dicentes, quae noverint, non tamen iurent." Letztere Worte sind aber ein unechter Zusatz des Verfassers der Authentike, welche in der Novelle, der Quelle derselben, nicht enthalten ist. Uebrigens würde auch, der späteren Bestimmung im cap. 7. X. II. 7. gegenüber, dieser Zusatz nicht in Betracht kommen. Es sind auch katholische und protestantische Rechtsgelehrte jetzt darin einverstanden, daß die Geistlichen von dem Zeugeneide nicht befreit sind. Vgl. Glück a. a. O. S. 195 und

Digitized by Google

der Rechtsform übereinstimmt, dann muß auch hier die Anwendung dieser Vorschrift ausgeschlossen sein. Das Gesetz hat nicht die Absicht, die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu erschweren, sondern nur die Umgehung der Vorschriften über die Gründung einer Aktiengesellschaft zu verhindern. Wenn also eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet wird, die nach ihrem Gesellschaftsvertrag nicht mehr als 20 Gesellschafter haben darf, so ist es nicht erforderlich, daß sie mehr als 20 Gesellschafter hat, um nicht unter die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 2 zu fallen. Es ist auch nicht erforderlich, daß sie mehr als 20 Gesellschafter haben darf

men werden würde, mit Wahrheit beantworten wolle, so bedarf es weder dann, wenn er zur Erläuterung einer von ihm erstatteten dunkeln Aussage nochmals vernommen werden soll, noch dann, wenn der Reproducent sich seiner zum Gegenbeweise bedienen will, einer neuen Vereidung, sondern es genügt, wenn der Zeuge vor der neuen Vernehmung auf seinen Eid verwiesen wird [351]). Befreit vom Zeugeneide sind nach der Reichsgesetzgebung [352]) fürstliche Personen, deren Versicherung „bei fürstlichen Würden" die Kraft des Eides beigelegt wird. Schon zu Zeiten des teutschen Reiches wurde dieses Privilegium mediatisirten Fürsten nicht zu Theil [353]). Nach Auflösung des Reichsverbandes können es nur die souveränen teutschen Fürsten in Anspruch nehmen. Ob dies blos auf den Regenten als Haupt des fürstlichen Hauses zu beschränken oder auch auf die Mitglieder der regierenden Familie auszudehnen sei, kann zwar fraglich sein. Allein da das Reichsgesetz allen denen „so fürstlichen Standes und Wesens" sind, jenes Privilegium ertheilt, so kann es wohl nicht allein auf den Regenten beschränkt werden. Außerdem wird auch dem Amtseide die Wirkung beigelegt, daß in einzelnen Amtsgeschäften kein anderer Eid verlangt wird, wie dies bei Aerzten und Wundärzten der Fall ist, welche nicht für einzelne Fälle, z. B. Sectionen, mehr vereidet, sondern blos auf ihren Amtseid verwiesen zu werden pflegen. Gleiches gilt von öffentlichen Beamten, wenn sie in Amtssachen ein Zeugniß ablegen sollen; denn außerdem sind sie vom Zeugeneide nicht befreit [354]). Endlich fällt der Zeugeneid auch dann weg, wenn er mit Einwilligung der Parteien erlassen worden ist [355]). Unrichtig ist dabei die Voraussetzung, daß dem Richter dagegen kein Bedenken beigehen dürfe; richtig aber die Voraussetzung, daß die Parteien die Befugniß haben müssen, frei über den Streitgegenstand zu verfügen [356]). Daher wird z. B. in Ehesachen, wenn von Aufhebung der Ehe die Rede ist, wegen der unter beiden Theilen möglichen Collision ein solcher Erlaß des Zeugeneides von Seiten beider Theile nicht beachtet, sondern den Zeugeneid dennoch verlangt [357]). 2) Die Aussagen selbst müssen hinlänglich begründet sein [358]). 3) Die Aussagen desselben Zeugen dürfen sich nicht widersprechen; auch darf sich keine Collision zwischen den Aussagen der mehreren von dem Producenten

---

351) Gesterding und Linde a. d. a. O.

352) Reichsabsch. v. 1555 §. 58.

353) Biener, Syst. proc. iudic. T. I. §. 140. und not. 4.

354) Cap. 6. X. I. 9. Cap. 7. X. II. 19. Vgl. cap. 28. X. II. 20. Gmelin, über die Beweiskraft eines Zeugen u. s. w. §. 26 flg. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 3, S. 102. Lotz, civil. Abhandl. S. 102.

355) Cap. 39. 52. X. II. 20.

356) Linde, Civilproc. §. 261, N. 5.

357) Böhmer, Ius eccl. Prot. Lib. II. Tit. 20. §. 7.

358) L. 3. §. 1. i. f. D. 22. 5. L. 4. C. IV. 20. Nov. 90. cap. 2. Can. 2. Causa II. qu. 9. Can. 15. Causa 4. qu. 2. 3. Cap. 27. 37. 47. X. II. 20.

Digitized by Google

vorgebrachten Zeugen ergeben[359]). Bei widersprechenden Aussagen muß man zuvörderst versuchen, ob es nicht möglich sei, dieselben mit einander zu vereinigen. Vielleicht liegt blos ein scheinbarer Widerspruch vor; er kann vielleicht nur in den Worten liegen, während die Zeugen in der Sache selbst einig sind, oder es können die Zeugen auch bei ihren Aussagen verschiedene Begebenheiten im Sinne gehabt haben[360]). Haben die Zeugen dunkele oder zweideutige Aussagen erstattet, so hat der Richter schon bei der Abhörung für die nöthige Aufklärung durch Hinweisung des Zeugen auf das Dunkele oder Zweideutige seiner Aussage und nochmalige Befragung desselben zu sorgen; hat er dies unterlassen, so muß er nicht nur auf den Antrag des Producenten, sondern auch von Amtswegen zu diesem Zwecke zu einer wiederholten Vernehmung des Zeugen schreiten[361]). Bei dem Vorhandensein eines wirklichen Widerspruches in der Aussage desselben Zeugen ist das Zeugniß ohne allen Werth, gleichviel ob der Widerspruch die Hauptbegebenheit selbst oder deren Nebenumstände betrifft[362]). Hat ein solcher Zeuge Nebenzeugen, so thut er den Aussagen derselben keinen Eintrag[363]), dient aber ebenso wenig zu ihrer Unterstützung[364]). Widersprechen sich zwei von dem Producenten vorgebrachte Zeugen, so wird durch die gleich starke Beweiskraft des einen Zeugnisses die des anderen aufgehoben[365]). Hat das Zeugniß des einen mehr Glaubwürdigkeit, als das des anderen (wobei freilich der persönliche Werth jedes einzelnen Zeugen weniger in Betracht kommen kann, weil der Producent durch seine Benennung jeden Zeugen als glaubwürdig nach seiner Ansicht darstellt, in der Aussage selbst aber, namentlich rücksichtlich der Art und Weise der Wahrnehmung, des Grundes der Wissenschaft, doch oft Gründe für einen Unterschied liegen können, welcher die Aussage des einen Zeugen glaubwürdiger, als die des anderen erscheinen läßt), so gewinnt zwar jenes das Uebergewicht, wird aber doch in seiner Beweiskraft durch das daneben stehende und widersprechende in seinem Werthe geschwächt[366]).

---

359) Gesterding, Nachforsch. Bd. 4, S. 125 flg.

360) Cap. 16. X. II. 20.

361) Cap. 53. X. II. 20.

362) L. 2. 16. D. 22. 5. L. 27. §. 1. D. 48. 10. Cap. 10. X. II. 19. Cap. 37. 47. X. II. 20. Peinl. Gerichtsordn. Art. 71. Gesterding a. a. O. S. 129 flg. Gensler im Archiv f. civil. Praxis Bd. 4, S. 291.

363) Cap. 9. X. II. 19.

364) Gesterding S. 130.

365) Cap. 9. X. II. 19. Gesterding S. 130. Gensler S. 290.

366) Gensler S. 290, 291. A. M. ist Gesterding S. 143, welcher annimmt, daß, wenn das eine Zeugniß glaubwürdiger ist als das andere, dieses ganz in Wegfall kommen und jenes nicht einmal dadurch geschwächt werden soll. In ähnlicher Weise behauptet Gesterding S. 135 flg. über den Fall des Widerspruches zwischen den Zeugen des Producenten und Reproducenten, daß, wenn keine Gleichheit des Beweises und Gegenbeweises, sondern ein Uebergewicht auf der einen Seite vorliege, der überwiegende Beweis vorgehe und nicht einmal durch den gegenüberstehenden geschwächt werde; denn es sei ein bemerkenswerther

Digitized by Google

Sind zwei Zeugen, welche mit einander übereinstimmend aussagen, vorhanden, so hat dennoch, wenn ein dritter von dem Producenten vorgeschlagener Zeuge dagegen aussagt, dessen Aussage so viel Kraft, daß der durch die zwei Zeugen gelieferte Beweis zu einem mehr oder weniger unvollständigen Beweise herabsinkt [367]). Uebrigens kommt es bei dem Widerspruche unter mehreren Zeugen immer nur darauf an, ob der Widerspruch der Zeugen die Begebenheit selbst und deren wesentliche Merkmale betrifft; denn Widerspruch in Nebenumständen kann nach dem Ermessen des Richters zwar die Glaubwürdigkeit mindern oder auch nicht, nicht aber aufheben [368]). 4) In der Regel müssen wenigstens zwei vollgiltige Zeugen in ihren Aussagen übereinstimmen [369]). Ausnahmsweise werden mehrere Zeugen in folgenden Fällen in den Gesetzen verlangt: a) Ueber Darlehne von mehr als 50 Pfund Gold soll nach einer Verordnung Justinian's zu der ausgestellten Schuldverschreibung, sowie zu Quittungen über zurückgezahlte Darlehne in

---

Satz des römischen und kanonischen Rechtes (L. 13. D. 22. 3. Cap. 32. X. II. 20.), daß, wenn die Aussagen beider Parteien einander entgegenstehen, außer dem Falle einer Gleichheit, sie sich einander keinen Abbruch thun, sondern daß dann diejenigen Zeugenaussagen allein, welche das Uebergewicht haben, in Betracht kommen. Allein die zur Rechtfertigung jenes Grundsatzes bei Zeugen angeführten Gesetze bestätigen seine Ansicht keineswegs, denn sowohl in der römischen als in der kanonischen Gesetzstelle ist nur gesagt, daß der Richter für denjenigen, dessen an sich vollständiger Beweis das Uebergewicht habe, erkennen, dem Beweise desselben den Vorzug geben solle; mit keinem Worte aber ist auch nur angedeutet, daß der Richter nicht in dem Falle, wo er nach jenem Grundsatze für den Kläger und Producenten (denn ist das Uebergewicht der Zeugenaussagen auf Seiten des Beklagten und Reproducenten, so erfolgt natürlich ohne Weiteres, nach dem Grundsatze: actore non probante reus absolvitur, Abweisung des Klägers) erkennen muß, durch den gegenüberstehenden Beweis in seiner Ueberzeugung so schwankend gemacht werden dürfe, daß er von der ihm in einem solchen Falle sowohl im römischen als im kanonischen Rechte zugestandenen Befugniß seine schwankende Ueberzeugung durch das Erfordern eines nothwendigen Eides zur Entschiedenheit zu bringen, Gebrauch machen könne. Da nun auf dem hier verworfenen Princip Gesterding's auch dessen für den Fall, daß unter zwei Zeugen des Producenten das eine glaubwürdiger ist, als des anderen aufgestellter Grundsatz, daß letzteres ganz in Wegfall kommen, das erstere aber dadurch nicht einmal geschwächt werden soll, als Folgerung beruht, so fällt diese Folgerung mit dem verworfenen Princip von selbst weg. Vgl. Schmid, Handb. des Civilprocesses Bd. 2, §. 172, N. 5.

367) Gensler S. 292. A. M. ist auch hier wieder Gesterding S. 141 flg., welcher behauptet, daß hier, ungeachtet des Widerspruches des dritten Zeugen, der durch die zwei Zeugen hergestellte Beweis ungeschwächt bestehen bleibe. Vgl. aber vorige Note.

368) Gesterding S. 131 flg.

369) L. 12. D. 22. 5. (Ulpian): „Ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficient; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est." L. 1. pr. §. 8. D. 25. 4. Cap. 5. 10. 23. 28. 47. X. II. 20. Peinl. Gerichtsordn. Art. 67: „So eine Missethat zum wenigsten mit zweyen oder dreyen glaubhafftigen guten Zeugen, die von einem wahren Wissen sagen, bewiesen wird, darauf soll nach Gestalt der Verhandlung, mit peinlichen Rechten vollfahren und geurtheilt werden."

diesem Betrage die Unterschrift von drei untadelhaften Zeugen hinzutreten, widrigenfalls die Urkunde vom Richter nicht berücksichtigt werden kann[370]). b) Nach einer Verordnung Justinian's vom J. 528[371]) soll, wenn Jemand in einer Schrift ein Schuldbekenntniß ablegt und später behauptet, einen Theil oder den ganzen Betrag der Schuld ohne Quittung bezahlt zu haben, er damit nicht leicht gehört werden, wenn er nicht fünf taugliche und ganz unbescholtene Zeugen vorführen könne, welche eidlich aussagen, daß die Zahlung in ihrer Gegenwart geschehen sei. Deshalb soll Jeder sich wohl vorsehen, eine Geldschuld weder theilweise, noch gänzlich abzutragen ohne schriftliches Bekenntniß der Rückzahlung oder den bemerkten Zeugenbeweis für sich zu bewirken. Nur dann, wenn der Besitzer einer Quittung diese durch einen Zufall, oder durch Schiffbruch, oder durch Feuersbrunst oder dergleichen Unglücksfälle verloren hat, soll es ihm, um den hieraus entstandenen Schaden abzuwenden, erlaubt sein, wenn er die Ursache des Unterganges bewiesen habe, auch die Zahlung der Schuld durch Zeugen darzuthun. Im J. 539 bestätigte der Kaiser durch eine Novelle[372]) diese Verordnung und fügte hinzu: daß die zum Beweise der vermittelst schriftlicher Schuldbekenntnisse contrahirten Geldschuld vorgeschlagenen Zeugen nur dann vom Richter zuzulassen seien, wenn sie ausdrücklich zu der Zahlung zugezogen worden wären, damit sie von der wirklich vorzunehmenden Zahlung oder von dem Bekenntniß desjenigen, welcher die Rückzahlung empfangen habe, mit dessen Zustimmung, davon Zeugniß ablegen sollten. Solche leere Zeugnisse, welche Jemand zufällig ablege, sollen nichts beweisen, auch solche nicht, wo Jemand, welcher aus einem anderen Grunde gegenwärtig gewesen, bezeuge, gehört zu haben, daß ein anderer gesagt habe, er habe eine Schuld bezahlt erhalten oder er sei Jemandem etwas schuldig. c) Nach einer Verordnung Justinian's vom J. 538[373]) sollen bei Errichtung von Urkunden über Contracte, welche des Schreibens Unkundige eingehen, an den Orten, an welchen sich tabularii befinden, ein tabularius und außerdem vier den Contrahenten nicht unbekannte Zeugen zugezogen werden, ersterer, damit er für den des Schreibens Unkundigen schreibe, letztere, damit sie bezeugen, daß die Verhandlung in ihrer Gegenwart erfolgt sei und sie den des Schreibens Unkundigen kennen. Jedoch ist diese Verordnung nur für den Fall obligatorisch, wenn die Contrahenten eine Urkunde über das Geschäft errichten wollen. Denn wollen sie keine Urkunde über den Contract aufrichten, so steht ihnen dieses frei und das Geschäft kann dann durch Zeugen (deren Zahl für diesen Fall nicht bestimmt ist) oder durch Eidesantrag bewiesen werden. Die Verordnung soll aber in den Städten

370) L. 17. C. IV. 2.

371) L. 18. C. IV. 20. Vgl. darüber und über die gleich zu erwähnende Nov. 90. cap. 2. Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 1, S. 241 flg.

372) Nov. 90. cap. 2.

373) Nov. 73. cap. 8. 9.

Digitized by Google

gelten; auf dem Lande, wo es weder viele des Schreibens Kundige, noch viel Zeugen giebt, soll es bei dem früheren Rechte bewenden. d) Das kanonische Recht[374]) verlangt zum vollen Gegenbeweise gegen eine öffentliche Urkunde drei Zeugen. Aber alle diese Ausnahmen werden in der Praxis nicht mehr beobachtet. Namentlich ist die Ausnahme unter b) nicht zur Anwendung gebracht worden, weil die Praktiker von der Ansicht ausgingen, die betreffende Constitution rede nur von dem Falle, wenn die Contrahenten die Giltigkeit des Contractes von der schriftlichen Abfassung abhängig gemacht haben, nicht aber wenn eine schriftliche Schuldurkunde blos zu dem Zwecke verfaßt worden, um dadurch den Beweis der Schuld zu liefern[375]). Zwar ist diese Ansicht nicht gerechtfertigt[376]); nichts destoweniger wird aber weder von jener Verordnung, noch von den übrigen Ausnahmefällen in der Praxis eine Anwendung gemacht. Der Grund der Nichtanwendung mag wohl darin, daß in Teutschland die Meisten des Schreibens kundig sind und daher leicht schriftliche Schuldbekenntnisse und Quittungen errichtet werden können, sowie in der Leichtigkeit des teutschen Echtheitsbeweises bei Urkunden durch das Anfordern der Recognition oder eidlichen Diffessionihren Grund haben. — Ein Zeuge reicht zum vollständigen Beweise nicht hin. Darin stimmen alle bekannten Gesetzgebungen überein, die mosaische[377]), die römische[378]), die kanonische[379]) und die teutsche[380]). Indessen weichen die Gesetzgebungen doch in dieser Beziehung von einander ab. Die Constantinische Verordnung (L. 9. §. 1. C. IV. 20.) will die Aussage eines einzigen Zeugen schlechterdings nicht beachtet

374) Cap. 10. X. II. 22. (Innocenz III.) Vergl. darüber Loh, civil. Abhandl. Nr. III.

375) Brunnemann, Comm. ad Cod. ad L. 18. C. IV. 20.

376) Linde a. a. O. S. 244.

377) 4. B. Mos. C. 25, V. 30. 5. B. Mos. C. 17, V. 6. C. 19, V. 15: „Es soll kein einzelner Zeuge wider Jemand auftreten wegen irgend einer Missethat, sondern in dem Munde zweier oder dreier Zeugen soll die Sache bestehen.“ Erinnerungen daran finden sich in cap. 23. X. II. 20.

378) L. 9. §. 1. C. IV. 20. (Constantin I.): „Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo iudicum in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifesta sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae Curiae honore praefulgeat.“ Vgl. L. 20. D. 48. 18.

379) Cap. 4. 5. 10. 23. X. II. 20. Besonders ist letztere Stelle entscheidend, welche so lautet: „Quia non est licitum alicui Christiano, et multo minus crucis Christi inimico, ut causae suae unius tantum quasi legitimo testimonio finem imponat: mandamus, quatenus, si inter vos et quoscunque Iudaeos emerserit quaestio, in qualibet causa Christiani, et maxime Clerici, non minus, quam duorum vel trium virorum, qui sint probatae vitae et fidelis conversationis, testimonium admittatis, iuxta illud Dominicum: In ore duorum vel trium testium stat omne verbum; quia, licet quaedam sint causae, quae plures, quam duos exigant testes, nulla est tamen causa, quae unius testimonio, quamvis legitimo, terminetur.“ Vergl. auch can. 8. Causa 33. qu. 2.

380) Peinl. Gerichtsordn. Art. 30, 67.

Digitized by Google

wissen. Im Geiste dieser Verordnung liegt es, daß, wenn nur Ein Zeuge zum Beweise benannt wurde, derselbe gar nicht abgehört werden durfte, weil dessen Aussage überall nicht berücksichtigt werden sollte. Hiernach scheint es, als könne selbst in Verbindung mit anderen Beweismitteln über denselben zu beweisenden Thatumstand der Aussage Eines Zeugen nach dieser Verordnung kein Gewicht beigelegt werden. Das kanonische Recht besonders (cap. 10. und 23. X. II. 20.) spricht nicht aus, daß der Aussage Eines Zeugen schlechterdings kein Gewicht beigelegt werden solle, sondern es sagt nur, daß sie zur Beendigung der Sache, namentlich zur Verurtheilung, nicht genüge [381]). Also einige Beweiskraft hatte sie doch, und es war durch die im Mittelalter aufgekommenen nothwendigen Eide (der Reinigungseid ist aus dem teutschen Rechte in das kanonische übergegangen) die Möglichkeit gegeben, den dadurch hergestellten Beweis zu vervollständigen oder zu entkräften. Nach kanonischem Rechte muß also mit der Abhörung des einzigen vorgeschlagenen Zeugen verfahren werden und das gilt noch heutzutage. Die teutsche Gesetzgebung legt der Aussage Eines classischen Zeugen in Criminalsachen ausdrücklich die Kraft eines halben Beweises bei [382]). Ausnahmsweise wird der Aussage Eines Zeugen die Kraft eines vollen Beweises beigelegt [383]), wenn öffentliche Beamte dasjenige bezeugen, was von ihnen in amtlicher Eigenschaft verfügt oder wahrgenommen worden ist [384]). Gmelin findet hierin keine eigentliche Ausnahme von der Regel, daß Ein Zeuge keinen vollen Beweis liefere, weil der Beamte hier kein eigentliches Zeugniß ablege, sondern die für seine amtliche Handlung streitende Vermuthung der Grund sei, weshalb jeder, welcher das Gegentheil behaupte, dieses beweisen müsse. Wenn es auch richtig ist, daß die besondere Beweiskraft des Zeugnisses öffentlicher Beamten sich nicht auch auf die Aussagen dieser Personen erstreckt, welche einen von deren Amtsgeschäften abgesonderten Umstand oder Ereigniß betreffen, indem sie hinsichtlich des Zeugnisses über einen solchen nur als Privatpersonen angesehen werden, und nicht mehr Glauben genießen, als andere Zeugen [385]), und wenn es auch ferner richtig ist, daß in den

---

381) Cap. 10. X. II. 20.: „nec unius testimonium ad condemnationem sufficiat alicuius.“ Cap. 23. X. eod.: „nulla est tamen causa, quae unius testimonio, quamvis legitimo, terminetur.“

382) Peinl. Gerichtsordn. Art. 30: „Ein halbe Beweisung, als so einer in der Hauptsach die Missethat gründlich mit einem eintzigen, guten, tugendlichen Zeugen ... beweiset, das heist und ist ein halbe Beweisung.“

383) Vgl. Gmelin, über die Beweiskraft eines Zeugen wider denjenigen, welcher selbst ihn als Zeugen aufgeführt oder benutzt hat. Tübingen 1806. Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 3, S. 179 flg.

384) Cap. 7. X. II. 19. (Innocenz III.): „Cum igitur per literas ordinarii, quibus standum est, donec probatur contrarium, nobis constiterit, quod V. excommunicatus erat, cum procurationis officium assumsit, ipsum tanquam procuratorem non duximus admittendum.“

385) Cap. 28. 40. X. II. 20.

Digitized by Google

Fällen, wo ein Beamter in amtlicher Eigenschaft etwas bezeugt, nicht die besondere Glaubwürdigkeit der Aussage einer öffentlichen Person, sondern die rechtliche Vermuthung für die Legalität der Amtshandlung der Grund ist, warum hier derjenige, welcher das Gegentheil behauptet, dieses beweisen muß, so ist doch diese Ansicht aus dem Grunde nicht zu rechtfertigen, weil es hier nicht darauf ankommt, aus welchem Grunde das Gesetz diese Ausnahme sanctionirt hat, sondern nur darauf, daß es sie gemacht hat [386]). Außer diesem Falle giebt es aber von der oben aufgestellten Regel keine wahre Ausnahme, wo das Zeugniß Eines Zeugen vollbeweisend wäre. So gehören nicht hierher folgende Fälle: a) der Fall, wo die Aussage einer Person als Geständniß vollen Beweis liefert. Wenn z. B. der Cessionar in dem Processe mit dem debitor cessus zum Beweise der erfolgten Cession der Forderung, mithin zur Herstellung der Sachlegitimation seinen Cedenten als Zeugen angiebt und darüber abhören läßt, so beweist die Aussage des Cedenten, daß er die Forderung dem Cessionar cedirt habe, vollständig die Cession, indem derselbe hierdurch ein Geständniß zu seinem Nachtheil ablegt, eine Erklärung über eine von ihm getroffene Disposition, zu der er rechtlich befugt war, abgiebt; und es bedarf hier eigentlich nicht einmal der Vereidung des Cedenten als Zeugen [387]). Ein ähnlicher Fall ist, wenn Jemand als negotiorum gestor gegen den Geschäftsherrn klagt, weil er Schulden desselben bezahlt habe; auch hier wird das einfache Bekenntniß der Gläubiger des Geschäftsherrn, daß sie von dem Kläger bezahlt worden sind, zum Beweise, auch ohne besondere Vereidung derselben genügen, indem sie damit nur ein Geständniß zu ihrem Nachtheil ablegen. b) Ebenso wenig gehört hierher der Fall, wo es blos einer Bescheinigung bedarf und aus diesem Grunde die Aussage eines einzigen Zeugen genügt. So ist von vielen Rechtslehrern seit der Glossatorenzeit angenommen worden, daß im possessorium summariissimum die Aussage Eines Zeugen genüge, und dies ist auch in einzelne Landesgesetze übergegangen [388]). c) Nach einer Bestimmung des kanonischen Rechtes wird durch die Aussage eines einzigen Zeugen eine noch nicht vollzogene Ehe gehindert; es wird aber dadurch dieser Aussage keine volle Beweiskraft beigelegt, sondern blos ausgesprochen, daß eine Ehe nicht geschlossen werden dürfe, so lange ein Hinderniß derselben auch nur unvollständig bewiesen ist [389]). d) Auch der Fall, wenn der Product selbst erklärt, die Aussage eines einzigen Zeugen als vollständig beweisend gegen sich gelten zu lassen [390]), kann nicht als Ausnahme hierher gezählt werden. Denn wenn es auch

386) Linde a. a. O. S. 180 flg.

387) Gensler im Archiv f. civil. Praxis Bd. 2, S. 7, 8. Ortloff in der juriſt. Abhandl. u. Rechtsf. Bd. 1, S. 81 flg.

388) Kurs. erläut. PO. Anhang §. 20. Ernest. PO. P. II. Cap. 3, §. 1. Eisenach. PO. Tit. 25, §. 1.

389) Cap. 22. X. II. 20. Cap. 12. X. IV. 1.

390) Gmelin a. a. O. S. 79. Glück Bd. 22, S. 223.

Digitized by Google

wahr ist, daß eine solche Erklärung und ein solcher Verzicht des Producten auf weiteren Beweis nicht unwirksam ist, so ist doch damit noch nicht gesagt, daß dadurch ein vollständiger Zeugenbeweis hergestellt werden könne und der Richter diesen als solchen seiner Entscheidung zum Grunde legen dürfe, sondern es ist damit nur so viel gesagt, daß der Richter dasjenige, worüber die Parteien einverstanden sind oder was sie vergleichsmäßig festgestellt haben, als giltige Grundlage seines Urtheils betrachten darf und muß [391]). e) Ferner hat man als Ausnahme von der gedachten Regel den Satz aufgestellt, daß ein Zeuge wider denjenigen, welcher selbst ihn als Zeugen aufgeführt hat, vollständig beweise, was man durch den Satz ausdrückt „testis unus contra producentem plene probat" [392]). Man sucht dies dadurch zu rechtfertigen, daß angenommen werden müsse, derjenige, welcher einen Zeugen für sich aufgeführt hat, habe durch die Production diesen auch für tauglich zur Herstellung eines rechtlichen Beweises anerkannt; er könne daher auch nachher gegen die Person und Glaubwürdigkeit dieses Zeugen, welchen er einmal gebilligt hat, keine Einwendungen machen; daher beweise auch schon ein einziger Zeuge gegen den Producenten vollständig. Allein wenn es auch wahr ist, daß in der Handlung der Production eine Anerkennung der Glaubwürdigkeit des producirten Zeugen liegt, so beruht doch die angebliche Ausnahme auf einer Verwechselung einer vollkommen glaubwürdigen Aussage mit einer vollständig beweisenden [393]). f) Eine weitere Ausnahme soll dann stattfinden, wenn der Zeuge über seine eigene Handlung aussagt; dann soll die Aussage Eines Zeugen vollständigen Beweis liefern, was man durch den Satz ausdrückt „testis unus de facto proprio probat plene" [394]). Gesterding, welcher diese Ausnahme vertheidigt [395]), betrachtet zwar diesen Satz nicht sowohl als eine Ausnahme von der Regel, welche Einen Zeugen nicht für voll beweisend zulasse, sondern als etwas, was in den jene Regel sanctionirenden Gesetzen nicht enthalten sei, welche nur von gewöhnlichen Zeugen sprächen, welche aussagten, was in ihrer Gegenwart geschehen und von ihnen als dritten Personen wahrgenommen worden sei. Hierbei entsteht zunächst die Frage, was dieser Schriftsteller unter einem „nicht gewöhnlichen Zeugen" als dem Gegensatze zu einem „gewöhnlichen", von welchem die Gesetze allein sprechen sollen, verstanden habe. Die Angabe des jener angenommenen Eintheilung der Zeugen zum Grunde liegenden Unterschiedes, also eine bestimmte Begriffserörterung ist von ihm nicht ausgesprochen worden. Denn wenn die „gewöhnlichen"

391) Gmelin S. 86 erkennt dies als alleinige Ausnahme von der Regel an.
392) Linde a. a. O. S. 180. Schmid, Civilproc. Bd. 2, §. 135, N. 22.
393) Die se Ausnahme machen viele bei Glück Bd. 22, S. 224, N. 25 angeführte Rechtslehrer.
394) Schmid a. a. O.
395) Vgl. Gesterding, Nachforsch. Bd. 1, S. 177. Bd. 2, S. 421 flg. Vgl. dagegen Linde S. 182 flg.

Digitized by Google

Zeugen als solche charakterisirt werden, welche von demjenigen zeugen, was in ihrer Gegenwart geschehen und von ihnen als dritten Personen wahrgenommen worden ist, so sind dieses Voraussetzungen, welche bei jedem Deponenten, wenn er als Zeuge gelten soll, dem Begriffe nach, nothwendig sind. Sicher hat Gesterding den Gegensatz von gewöhnlichen Zeugen in dem Falle als vorhanden gedacht, wenn der Deponent über etwas aussagen soll, was er selbst gethan hat; auf diese Unterstellung ist aus der ganzen Darstellung zu schließen. Damit man aber anzunehmen berechtigt wäre, daß von den Zeugen, welche über eigene Handlungen aussagten, nicht dieselben rechtlichen Grundsätze gälten, als von denjenigen, welche über fremde Handlungen aussagten, müßte bewiesen werden, daß entweder aus der Natur der Sache oder aus gesetzlicher Vorschrift eine solche Annahme gefordert werde. Dieser doppelte Beweis ist auch zu führen versucht worden. Gesterding beruft sich zunächst darauf, daß in Fällen, wo der Zeuge über seine eigene Handlung aussage, die Besorgniß der Täuschung wegfalle, und daß in solchen Fällen kein besserer, gewöhnlich nicht einmal ein anderer Beweis geführt werden könne, als durch die Aussagen des Zeugen. Diese Behauptung kann aber nicht zugegeben werden. Ob Jemand über eigene Handlungen, soweit sie sinnlich wahrnehmbar sind, sich in der Regel weniger täuscht, als über fremde, hängt sehr von der Persönlichkeit des Menschen, von seiner Gewohnheit, von der Aufmerksamkeit, welche er der eigenen und fremden Thätigkeit zu widmen pflegt, von dem Interesse an der eigenen und einer fremden Handlung, und von vielen anderen Umständen ab. Es giebt viele Menschen, welche Handlungen dritter Personen mit angestrengter Aufmerksamkeit beobachten und im Gedächtnisse aufbewahren, gerade aber eigene Handlungen schnell vergessen. Deshalb ist jener Grund nicht entscheidend. Dann aber fordern die Gesetze ja auch nicht deshalb in der Regel mehr als Einen Zeugen, weil ein Einziger sich täuschen könne, sondern auch deshalb, weil durch die übereinstimmende Aussage Mehrerer alle Gründe der Wahrhaftigkeit des Zeugen und der Wahrheit der Aussage an Stärke gewinnen. Wenn man endlich aber auch annehmen wollte, es wäre richtig, daß sich die Gesetze deshalb mit der Aussage eines einzigen Zeugen nicht hätten begnügen wollen, weil sie die Möglichkeit einer Täuschung desselben angenommen hätten, und ferner, daß bei der Aussage über eine eigene Handlung des Zeugen die Besorgniß der Täuschung wegfalle, so ist daraus dennoch die gemachte Folgerung nicht herzuleiten. Denn abgesehen von der Trüglichkeit des Satzes: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, läßt sich nicht beweisen, daß die Gesetze, welche so bestimmt und ausdrücklich den Beweis durch Einen Zeugen für ungenügend erklären, dabei nicht im Sinne gehabt hätten, auch einen solchen einzigen Zeugen, welcher über eigene Handlungen aussage, auszuschließen. Wenn Gesetze so energisch verbieten, weder auf Qualitäten der Zeugen, noch auf Beschaffenheit der Sachen zu sehen, dann darf die Doctrin, sollte

Digitized by Go

es ihr auch gelingen, den Gesetzgeber der Einseitigkeit beschuldigen zu können, sich dennoch nicht über die klare Bestimmung des Gesetzes hinwegsetzen. Außer dem angeführten, aus der Natur der Sache entlehnten Grunde sucht Gesterding seine Ansicht noch durch zwei Digestenstellen zu begründen [396]). Diese Stellen sind schon von älteren Juristen für denselben Satz benutzt worden; es haben aber auch schon Andere dargethan, daß sie denselben nicht beweisen [397]). Aber gesetzt auch, es wäre in beiden Stellen das behauptete Princip in der Anwendung befolgt, so würde dies doch für das jetzt praktische Recht nichts entscheiden, weil die Verordnungen Constantin's [398]) und die des kanonischen Rechtes jünger sind als das Pandektenrecht, und die erstere ausdrücklich die Absicht ankündigt, ein bis dahin befolgtes anderes Princip aufheben zu wollen. Uebrigens ergiebt sich aus der einen Stelle, welche von Gesterding für seine Ansicht angeführt wird (L. 58. §. 2. D. 21. 1.), daß die Aussage des Sclaven über seine eigene Handlung keinen vollen Beweis lieferte, da Paulus ausdrücklich darin sagt: „Si et alia indicia prioris fugae non deficiunt, tunc etiam servi responso credendum." Es reichte also die Aussage des Sclaven nicht allein hin; es mußten noch andere, dieselbe unterstützende Indicien hinzukommen. Wenn aber Linde [399]) noch darauf Gewicht legt, daß selbst dann, wenn noch andere Indicien hinzukommen, nichts vom vollen Beweise, sondern ein bloßes „credendum est" in der Stelle stehe, so ist zwar richtig, daß den Römern die Unterscheidung zwischen vollem, halbem und weniger als halbem Beweise unbekannt ist; das „credendum est" will aber doch so viel sagen, daß in Verbindung mit anderen unterstützenden Momenten auch die Aussage eines Sclaven geeignet sei, richterliche Ueberzeugung zu begründen, also dasselbe, was wir vollen Beweis nennen. Wenn man nun, dieser Stelle gemäß, den Satz, daß Ein Zeuge, welcher über seine eigene Handlung aussagt, voll beweise, noch an die Voraussetzung knüpft, daß die Wahrheit der Aussage doch immer durch Vermuthungen unterstützt werden müsse, so hat man in der That einen in der Theorie und Praxis niemals bestrittenen Satz behauptet, welcher, umschrieben, nichts anderes ausdrückt, als die Behauptung: daß ein voller Beweis nicht nothwendig ein Zeugenbeweis sein müsse, sondern auch durch andere Beweismittel erbracht werden dürfe, und daß insbesondre die Aussage eines einzigen Zeugen bei der Prüfung der Beweiskraft der Beweismittel erheblich sei, und in Verbindung mit der aus anderweiten Beweismitteln sich ergebenden Beweiskraft zur Erbringung des vollen Beweises als ergänzender Theil wirken könne. Diese Behauptung enthält also nicht den Grundsatz: Ein Zeuge beweise voll; sondern den, die Ueber-

396) L. 58. §. 2. D. 21. 1. L. 7. D. 22. 3. Gesterding a. a. O. Bd. 2, S. 421 flg. Vgl. Zu-Rhein, Beitr. zur Gesetzg. H. 1, S. 41.
397) Gmelin a. a. O. S. 80, 81.
398) L. 9. §. 1. C. IV. 20.
399) Linde a. a. O. S. 181.

Digitized by Google

stimmung auch nur Eines Zeugen mit anderen Beweisgründen könne vollen Beweis herstellen. Diese Bestimmung gilt aber nicht blos von solchen Zeugen, welche über eigene Handlungen aussagen, sondern von allen Zeugen, also auch solchen, welche über andere sinnliche Wahrnehmungen Zeugniß ablegen. Und wenn man den Satz dahin ausdrückt: „Ein Zeuge beweise voll, wenn seine Aussagen durch Vermuthungen unterstützt werden;" so behauptet man in der That nicht, der Eine Zeuge beweise voll, sondern, der Zeuge und die Vermuthungen, beides zusammengenommen, bildeten den Beweisgrund, die volle juristische Ueberzeugung. Hiernach darf man wohl sagen, daß diejenigen, welche behaupten, daß die Aussage Eines Zeugen über eigene Handlungen vollen Beweis liefere, durch die weiter hinzugefügte und als nothwendig bewiesene Voraussetzung, daß auch andere Vermuthungen für die Wahrheit der Aussage vorhanden sein müßten, das Gegentheil von demjenigen bewiesen haben, was sie beweisen wollten. Auch ist kein Bedürfniß und kein wissenschaftlicher Grund vorhanden, zwischen gewöhnlichen Zeugen und solchen, welche über eigene Handlungen aussagen, zu unterscheiden. Wäre es wirklich nothwendig, von einem solchen Unterschiede auszugehen, so würde man über die Feststellung des Begriffes „eigener Handlungen" in große Verlegenheit gerathen. Denn gewiß ist jede sinnliche Wahrnehmung eine eigene Handlung, und insofern muß man zugeben, daß jeder Zeuge, so gewiß er über sinnliche Wahrnehmungen aussagen soll, auch über eigene Handlungen aussagen wird. Will man dieses aber innere Handlung nennen, und den erforderlichen Begriff enger durch den Zusatz „äußere" Handlung bezeichnen, so ist doch wieder unzweifelhaft, daß man auch von seinen eigenen äußeren Handlungen immer nur in Folge sinnlicher Wahrnehmung, also in Folge eines zugleich inneren Handelns aussagen kann und daß sich nicht beweisen lassen wird, daß Jemand seine eigenen äußeren Handlungen nothwendig deutlicher wahrnimmt als fremde. Es hängt dabei vielmehr Alles von Umständen ab. In manchen Fällen würde es auch zu Ungereimtheiten führen, wenn man eigene und fremde Handlungen in der Zeugenaussage trennen und in Bezug auf jene dem Zeugen vollen Glauben beimessen wollte, nicht aber in Bezug auf diese[400]). Insoweit freilich die Aussage eines Zeugen eine Erklärung, welche zu seinem Nachtheile gereicht, enthält, z. B. über eine von ihm geschehene Veräußerung, reicht auch über die alleinige Aussage desjenigen, welcher eine solche Disposition getroffen hat, zum vollen Beweise hin, und hier bedarf es eigentlich auch keiner Vereidung; es fällt dies aber unter den unter a. erwähnten Fall der Geständnisse. — Ganz unbegründet ist die Ansicht, welche als wesentliches Merkmal in den Begriff eines Zeugen aufnimmt, daß das sinnlich Wahrgenommene nicht eine

400) Dies hat Linde a. a. O. S. 187—189 näher ausgeführt.

Digitized by Google

eigene Thathandlung des Zeugen sein dürfe[401]), also den umgekehrten Satz aufstellt: Testis de facto proprio nihil probat. Diese Ansicht ist eine Folgerung aus dem allerdings richtigen Grundsatze, daß der Zeuge blos dasjenige, was er sinnlich wahrgenommen, dem Richter anzugeben habe. Diese Folgerung ist aber nicht logisch richtig, weil man mit Recht fragen kann: ob man seine eigene Thathandlung nicht ebensogut als eine fremde sinnlich wahrnehmen könne? Außerdem hat diese Ansicht weder die Gesetze, noch die Doctrin, noch die Praxis für sich und steht mithin in der That ganz vereinzelt da. — Soll ein Satz bewiesen werden, welcher aus einer Mehrheit einzelner Handlungen oder Begebenheiten besteht, oder daraus abzuleiten ist, so tritt häufig der Fall ein, daß nicht sämmtliche Zeugen über jede einzelne Handlung oder Begebenheit unterrichtet sind, sondern der eine Zeuge bezeugt diese, der andere jene Thatsache. Diesen Fall nennt man singularitas testium. Aeltere Rechtslehrer[402]) unterscheiden hier, ob eine Handlung in specie, z. B. eine bestimmte Besitzhandlung, oder in genere, z. B. das Dasein des Besitzes überhaupt, dargethan werden solle, und erklären in jenem Falle testes singulares für ungenügend, in diesem Falle aber für hinreichend zur Herstellung eines vollen Beweises. Dagegen erklären sich aber schon mit Recht einzelne Aeltere[403]) und fast alle Neueren. Ist der Fall der sog. singularitas testium vorhanden, so kann durch die Zeugenaussage kein voller Beweis hergestellt werden[404]), weil gesetzlich keine Thatsache anders, als durch die übereinstimmenden Aussagen zweier Zeugen, wenn sie überhaupt durch Zeugen dargethan werden soll, erwiesen werden kann, und hier selbst der Umstand, daß die einzelnen Aussagen in einander greifen, doch keine Veränderung bewirken kann, da sie eben nur als bloße, nicht erwiesene Behauptungen dastehen[405]). Kann aber auch durch eine singularitas testium kein voller Beweis hergestellt werden, so läßt sich doch Wahrscheinlichkeit dadurch begründen, selbst in so hohem Grade, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden kann[406]). Dabei kommt es besonders darauf an, ob die einzelnen Thatsachen, worüber die Aussagen vorliegen, in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, daß die Wahrscheinlichkeit der einen die der anderen hebt (sog. singula-

---

401) Sie wird aufgestellt von Reinhardt, Handb. des gem. teutschen ordentl. Proc. Bd. 1, §. 161. Vgl. dagegen Linde a. a. O. S. 189.

402) Stryk, de semiplenae probationis existentia cap. 4. §. 3. Struben, rechtl. Bedenken Bd. 5, Nr. 71 u. A.

403) Z. B. Böhmer, princ. iur. can. §. 788.

404) Nach Mühlenbruch, Civilproc. §. 304 soll unter besonderen Umständen ein voller Beweis durch testes singulares hergestellt werden können. Wenn aber auch im einzelnen Falle durch solche Zeugen die Wahrscheinlichkeit zu einem sehr hohen Grade gesteigert werden kann, so ist doch aus den im Texte angegebenen Gründen die Begründung juristischer Gewißheit dadurch nicht möglich.

405) Gesterding, Nachforsch. Bd. 2, S. 183 flg.

406) Bayer, ordentl. Proc. §. 245. Gesterding S. 186, 187.

Digitized by Google

ritas testium adminicalativa), oder in einem solchen, daß durch jene diese geschwächt wird (sog. singularitas testium obstativa), oder endlich in einem solchen, daß jene diese nicht berührt (sog. singularitas testium diversitativa)[407]. 5) Die Zeugenaussage muß deutlich und bestimmt gegeben sein. Unter dieser Voraussetzung aber hat sie eben so große Beweiskraft, wenn sie auf das Nichtdasein, als wenn sie auf das Dasein eines bestimmten Umstandes gerichtet ist. Doch sind die Meinungen über die Beweiskraft verneinender Zeugenaussagen sogar getheilt. Nach Einigen haben verneinende Zeugenaussagen, wenigstens im Collisionsfalle mit bejahenden, keine vollständige Beweiskraft[408], was man durch den Satz auszudrücken pflegt: Plus creditur duobus testibus affirmantibus, quam mille negantibus[409]; nach Anderen[410] stehen verneinende Zeugenaussagen den bejahenden gleich; noch Andere[411] nehmen an, daß sich die Beweiskraft verneinender Zeugenaussagen im allgemeinen nicht bestimmen lasse, vielmehr der Richter im concreten Falle die Glaubwürdigkeit derselben zu ermessen habe, wobei im allgemeinen Alles darauf ankomme, ob eine Täuschung möglich war oder nicht, und wenn sie möglich gewesen, in welchem Grade sie es war. Deshalb verdiene eben ein verneinender Zeuge vollkommenen Glauben, welcher sein eigenes Nichthandeln bezeuge, natürlich unter der Voraussetzung, daß nicht andere Gründe der Unglaubwürdigkeit vorliegen. In diesem Falle habe sogar der verneinende Zeuge den Vorzug vor dem bejahenden. Bei anderen Handlungen und Thatsachen hänge die größere oder geringere Beweiskraft verneinender Zeugenaussagen theils davon ab, ob die Zeugen sagen, daß etwas nicht geschehen sei, oder nur, daß sie nicht bemerkt hätten, obschon Gelegenheit dazu vorhanden gewesen wäre[412], theils von der Prüfung, ob in einem gegebenen Falle die Wahrscheinlichkeit der Täuschung stärker oder schwächer sei, wobei es aber immer nothwendig sei, daß die Aussage auf Zeit und Ort eingeschränkt sei. Im Falle der Collision mit bejahenden Zeugenaussagen müßten aber, abgesehen von dem erwähnten Falle der verneinenden Aussage über eigene Handlungen der Zeugen, immer die verneinende nachstehen, weil die Täuschung bei

---

407) Vgl. Tittmann, Handb. der Strafrechtswissenschaft Bd. 3, §. 859.

408) Leyser, Med. ad Pand. Spec. 286. med. 1. (Dieser macht aber a. a. O. med. 4. 5. zwei wesentliche Ausnahmen: 1) wenn der verneinende Satz, welchen die Zeugen behaupten, durch Ort und Zeit eingeschränkt wird; 2) wenn sie über ein eigenes Nichthandeln aussagen.) Klötzer, Vers. einer Berichtigung der Lehre von der Beweislast S. 66 flg.

409) Leyser l. c. med. 1.

410) Böhmer, Ius eccl. Prot. Lib. II. Tit. 19. §. 19. Hommel, Rhaps. obs. 48. Struben, rechtl. Bedenken Bd. 1, Nr. 77.

411) Gesterding, Nachforsch. Bd. 1, S. 165 flg.

412) Denn fehlt es an einer solchen Gelegenheit, so ermangeln freilich solche Zeugenaussagen aller Beweiskraft; war sie aber vorhanden, so kommt es für den Grad der durch jene herzustellenden Wahrscheinlichkeit darauf an, ob der Thatbestand vor dem Zeugen leichter oder schwerer unbemerkt bleiben konnte.

Digitized by Google

dieſem weit leichter ſei, obſchon ſie immer zur Herabſetzung des durch die bejahenden Zeugen gelieferten Beweiſes beitrügen. Wenn übrigens in dieſem Colliſionsfalle der Zeuge blos ausſage, daß er nicht bemerkt habe, daß etwas geſchehen ſei, ſo verdiene dieſes entweder weniger oder gar keinen Glauben, und nur durch die Umgebungen des beſonderen Falles könnte dadurch die Glaubwürdigkeit die bejahenden Zeugenausſage vermindert werden. Wenn man aber auch dieſer Anſicht für den Fall, wo die verneinende Zeugenausſage blos dahin geht, daß der Zeuge etwas nicht bemerkt habe, beitreten, und ebenſo den Grundſatz über die Beweiskraft verneinender Zeugenausſagen, welche auf das wirkliche Nichtgeſchehenſein einer eigenen Handlung des Zeugen gerichtet ſind, annehmen darf, ſo iſt dagegen die Anſicht nicht zu rechtfertigen, nach welcher die verneinende Zeugenausſage, wodurch das Nichtgeſchehenſein einer anderen Handlung oder Thatſache bezeugt wird, derjenigen an Kraft nachſtehen ſoll, wodurch das Geſchehenſein derſelben bezeugt wird. Denn auch das Nichteintreten einer Handlung oder Thatſache iſt, wie das Eintreten derſelben, Gegenſtand der ſinnlichen Wahrnehmung, und dem ſonſt glaubwürdigen Zeugen muß es überlaſſen bleiben, ob ſeine Sinne in der nöthigen Weiſe thätig geweſen ſind, und die nöthige Richtung gehabt haben, um auf den geleiſteten Zeugeneid hin das Geſchehenſein oder Nichtgeſchehenſein einer Thatſache ausſagen zu können. Wahr iſt es freilich, daß zur Wahrnehmung des Nichtgeſchehenſeins einer Thatſache in der Regel eine größere Anſpannung des Wahrnehmungsvermögens erforderlich ſein wird, als zu der des Geſchehenſeins, und daß daher dort die Möglichkeit einer Täuſchung leichter ſein wird als hier; dieſes reicht aber nicht hin, um eine von einem ſonſt glaubwürdigen und vereideten Zeugen erſtattete Ausſage zu entkräftigen oder zu ſchwächen. Nur wenn beſondere Gründe für die Annahme einer Täuſchung, welche übrigens ebenſogut, wenn auch ſeltener, bei bejahenden Zeugen eintreten können, vorliegen, kann dadurch eine Verminderung der Glaubwürdigkeit der verneinenden Zeugenausſage bewirkt werden; die bloße Qualität derſelben, als ſolcher, hat aber dieſe Wirkung nicht[413]). 6) Endlich muß auch das Zeugniß das Reſultat einer formellen Vernehmung ſein[414]).

IV. Pflicht zur Ablegung eines Zeugniſſes.

Nach älterem römiſchen Rechte war in Anſehung der Verbindlichkeit zur Zeugnißablegung ein Unterſchied zwiſchen Civilſachen und Criminalſachen[415]). In Civilſachen konnte in der Regel Niemand zur

---

413) Mühlenbruch, Civilproc. §. 305. Schmid, Hdb. des Civilproc. Bd. 2, §. 136, S. 250 flg.

414) L. 3. §. 3. 4. D. 22. 5. Can. 15. Causa 3. qu. 9. Can. 3. Causa 4. qu. 2. 3. Cap. 2. 32. X. II. 20. Cap. 2. de testibus in VI. (II. 10.)

415) Vgl. Glück Bd. 22, S. 164 flg. Geib, Geſch. des röm. Criminalproceſſes S. 358 flg.

Digitized by Go

Ablegung eines Zeugniſſes genöthigt werden, obwohl die 12 Tafeln denjenigen für improbus intestabilisque erklärten, welcher ſich zu einem Rechtsgeſchäfte als Solennitätszeuge hatte zuziehen laſſen, und nachher auf Erfordern darüber ein Zeugniß vor Gericht abzulegen ſich weigerte [416]). In Criminalſachen hingegen galt die Regel, daß blos der Ankläger, nicht aber der Angeklagte das Recht haben ſollte, einen Zeugen gegen ſeinen Willen zum Zeugniß aufzufordern [417]), und dies galt ſowohl von Privatperſonen, als von Magiſtratsperſonen, welche zum Zeugniß aufgefordert wurden, von letzteren jedoch nur dann, wenn ſie gegenwärtig waren [418]). Die förmliche Aufforderung an ſolche nicht freiwillig erſcheinende Zeugen, ſich vor Gericht einzufinden, hieß testimonium denunciare [419]) oder testibus denunciare [420]) oder ſchlechthin denunciare [421]). Zur Erlaſſung einer ſolchen Aufforderung war zur Zeit der quaestiones perpetuae lediglich der Ankläger ſelbſt, wenn auch blos unter der Vorausſetzung, daß er ſich durch Vorzeigung einer hierauf bezüglichen Vollmacht des betreffenden Prätor legitimiren konnte, berechtigt [422]). Es fand in dieſer Hinſicht aber auch wieder eine gewiſſe Beſchränkung, indem ſolche Zeugen nur bis zu einer gewiſſen Zahl, welche in den verſchiedenen leges verſchieden beſtimmt war, vorgefordert werden konnten [423]). Gewiſſe Perſonen durften nach der lex Iulia iudiciorum publicorum nicht wider ihren Willen zum Zeugniß gezwungen werden [424]). Durch Juſtinian wurde aber nicht nur in Criminal-

---

416) Gell. Noct. Att. Lib. XV. cap. 13., welcher die Worte der hierauf bezüglichen Vorſchrift der 12 Tafeln aufbewahrt hat, welche lauten: „Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto."

417) Quinctilian. Inst. orat. Lib. V. cap. 7. §. 9. Plin. Ep. III. 9. V. 20. VI. 5. 13.

418) L. 21. §. 1. D. 22. 5. (Arcadius Charisius.) Die letzteren Worte dieſer Stelle nicht nur, ſondern auch die ganze Reihe der vorhergehenden Stellen von der L. 19. an, welche aus Ulpian's lib. VIII. de officio Proconsulis genommen iſt, in welchem Buche dieſer Juriſt blos von Verbrechen handelte, beweiſen, daß auch in der L. 21. §. 1. von Zeugen in Criminalſachen gehandelt wird.

419) Valer. Max. VIII. 1. 10. Cic. pro Roscio Amerino cap. 38. in Verr. I. 19. II. 27. pro Flacco cap. 6.

420) Cic. in Verr. II. 4. Quinctilian. l. c. Plin. Epist. VI. 5.

421) Cic. pro Flacco cap. 15.

422) Cic. in Verr. II. 26.

423) Valer. Max. VIII. 1. 10.

424) L. 4. D. 22. 5. (Paulus.) Auch in L. 5. D. eod. (Gajus) iſt von Geſetzen die Rede, nach welchen gewiſſe Perſonen nicht ſollten genöthigt werden können, ein Zeugniß abzulegen. Nach der lex Iulia iudiciorum publicorum waren ausgenommen folgende Verwandte und Schwäger des Angeklagten: die Verwandten bis zum sobrino sobrinave natus, Schwiegervater, Schwiegerſohn, Stiefvater, Stiefſohn. Ferner waren ausgenommen der Freigelaſſene des Angeklagten oder ſeiner Kinder, Eltern und Ehegatten, des Patrons oder der Patronin des Angeklagten, endlich der Freilaſſer und der Freigelaſſene des Angeklagten.

Digitized by Google

sachen, sondern auch in Civilsachen die unbedingte Verpflichtung für Jedermann eingeführt, auf Erfordern vor Gericht Zeugniß abzulegen, und es wurden davon nur diejenigen Personen ausgenommen, welche nach den Gesetzen nicht zum Zeugniß gezwungen werden können, sowie die personae illustres, und welche im Range über ihnen stehen, wenn nicht wegen ihrer ein kaiserlicher Befehl erwirkt worden ist, welcher sie zum Zeugniß nöthigt[425]). Hiernach ist seit Justinian, da auch das kanonische Recht mit dem römischen hierin übereinstimmt, die Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses eine unbedingte staatsbürgerliche Zwangspflicht, obschon den Zeugen für die ihnen verursachten Kosten und Nachtheile von dem Producenten eine angemessene Entschädigung, nach dem Ermessen des Gerichtes gegeben werden muß[426]). Selbst ein eidliches Versprechen, in einer Sache kein Zeugniß ablegen zu wollen, entbindet von dieser Verbindlichkeit nicht[427]). Ausnahmsweise findet ein Zwang zur Zeugnißablegung nicht statt: 1) wenn Amtspflichten dem ernannten Zeugen seine Aussage verbieten (vgl. oben unter I. 1.); 2) wenn seine Aussage wegen seiner Unfähigkeit zum Zeugniß doch zwecklos sein würde; 3) wenn die Gesetze aus besonderen Rücksichten auf persönliche Verhältnisse dem Zeugen das Zeugniß zu verweigern gestatten. So kann Niemand genöthigt werden, gegen seine Schwiegereltern und Schwiegerkinder, gegen Stiefeltern und Stiefkinder, gegen Vettern und Basen sowie gegen diejenigen, mit welchen er Geschwisterkind ist und die von ihnen im nächsten Grade abstammen, ein Zeugniß abzulegen. Die hierauf bezügliche Digestenstelle[428]) spricht zwar eigentlich nur vom Zeugniß in Criminalsachen, ist aber durch Justinian in L. 16. C. IV. 20., sowie durch die Interpolation in L. 1. §. 1. D. 22. 5. auch auf Civilsachen ausgedehnt worden. Ebenso darf der Bräutigam der Tochter und der Vater der Braut das Zeugniß verweigern[429]). Ob bei Verschwägerten die Ausnahme von der Pflicht

425) Die erste der hierher gehörigen Constitutionen ist L. 16. C. IV. 20., welche freilich nicht glossirt, sondern aus den Basiliken von Cuiacius, Observ. VIII. 13. XIII. 38. restituirt ist. Mit dieser stimmt die höchst wahrscheinlich theilweise interpolirte L. 1. §. 1. D. 22. 5. (Arcadius Charisius) überein, welche von einer unbedingten Verpflichtung zur Zeugnißablegung, nicht blos in Criminalsachen, sondern auch in Civilsachen spricht, obgleich zu der Zeit des Verfassers dieser Stelle eine solche Pflicht nur in Criminalsachen stattfand. Die glossirte L. 19. C. IV. 20. von Justinian spricht im Anfange ebenfalls von der Pflicht zur Zeugnißablegung. Endlich bezieht sich auch Nov. 90. cap. 5. auf diese Pflicht.

426) L. 3. §. 4. D. 22. 5. L. 11. C. IV. 20. Cap. 11. §. 8. de rescriptis in VI. (I. 3.): „Pro ferendo quoque testimonio ... nullum ullatenus convocet, nisi quando conditio et status causae requirent. Sed nec tunc, nisi a producente competentes (vocato pro testimonio veniendo, stando et redeundo) faciat ministrari expensas."

427) Cap. 18. 45. X. II. 20. Cap. 4. 11. X. II. 21.

428) L. 4. D. 22. 5. (Paulus.)

429) L. 5. D. 22. 5. (Gajus.)

Digitized by Google

zum Zeugniß auch nach der Trennung der Ehe, welche die Schwägerschaft begründet hat, fortdauert, iſt beſtritten. Manche[430]) bejahen dieſe Frage aus dem Grunde, weil auch der Bräutigam nicht gegen den Vater der Braut und umgekehrt die Braut nicht wider den Vater des Bräutigams zum Zeugniß genöthigt werden kann. Dieſer Grund iſt aber nicht entſcheidend, weil ja zwiſchen dieſen Perſonen wenigſtens ein analoges Verhältniß ſtattfindet, welches man Quaſiaffinität zu nennen pflegt. Richtiger wird jene Frage verneint, weil nur das durch Affinität entſtandene Ehehinderniß auch noch nach Aufhebung derſelben fortdauernd bleibt, alle übrigen Wirkungen aber erlöſchen[431]). — Nach dem Digeſtenrechte ſollen auch Greiſe, Kranke, Soldaten, ferner diejenigen, welche in Begleitung des Magiſtrates in öffentlichen Angelegenheiten abweſend oder ſonſt vor Gericht zu erſcheinen verhindert ſind, nicht wider ihren Willen zur Ablegung eines Zeugniſſes genöthigt werden[432]). Dies erklärt ſich aus dem älteren römiſchen Proceſſe, nach welchem die Gegenwart der Zeugen vor Gericht unbedingt nothwendig war; hiernach konnten ſolche Perſonen, welche nicht vor Gericht ihr Zeugniß ablegen konnten, auch gar nicht einmal zu Zeugen ernannt werden. Nach neuerem römiſchen Rechte iſt jedoch dieſe Gegenwart nicht ſchlechterdings nothwendig, indem die Zeugenabhörung auch außergerichtlich vor den Procuratoren der Parteien vorgenommen werden kann[433]), und das kanoniſche Recht beſtimmt ausdrücklich, daß Kranke, Greiſe, Schwache, Arme, welche vor Gericht nicht erſcheinen können, durch eine Gerichtsdeputation in ihrer Wohnung vernommen werden ſollen[434]). Frauensperſonen ſollen nach kanoniſchem Rechte nicht wider ihren Willen eines abzulegenden Zeugniſſes wegen vor Gericht geladen werden, ſondern, wenn ihr Zeugniß nothwendig iſt, ſoll ſich der Richter entweder ſelbſt zu ihnen verfügen und ſie als Zeugen abhören oder durch eine Gerichtsdeputation ſie abhören laſſen[435]). Dieſe Vorſchrift wird aber heutzutage nicht mehr beobachtet, und es iſt Regel, daß Frauensperſonen, gleich den Männern, eines abzulegenden Zeugniſſes halber vor Gericht erſcheinen müſſen. — Endlich kann kein Zeugniß über eine dem Zeugen zur Unehre gereichende Thatſache, über ein Verbrechen deſſelben, von ihm gefordert werden[436]). Dagegen iſt es unrichtig,

---

430) Huber, Praelect. ad Pand. Lib. 22. Tit. 5. §. 16.

431) Glück Bd. 22, S. 181.

432) L. 8. D. 22. 5. (Scävola.)

433) L. 16. C. IV. 20.

434) Cap. 8. X. II. 20. (Innocenz III.): „Si qui testium valetudinarii sunt, et senes, vel debilitate confecti, aut paupertate depressi, ita quod non possint ad vestram praesentiam adduci, ad ipsos recipiendos mittatis personas idoneas et discretas.“

435) Cap. 2. de iudiciis in VI. (II. 1.)

436) Jüngſter Reichsabſch. §. 53. Dieſes Geſetz verbietet zwar nur, interrogatoria criminosa, et quae turpitudinem respondentis continent, an den Zeugen zu richten; was aber von Fragſtücken gilt, muß um ſo mehr von den Artikeln gelten.

Digitized by Google

wenn man diese Vorschrift dahin ausdehnen will, daß der Zeuge jede Aussage über solche Thatsachen, welche ihm nachtheilig werden können, verweigern dürfe. Denn bei einer consequenten Durchführung einer solchen Ausnahme würde die ganze Verbindlichkeit zum Zeugniß leicht illusorisch werden, denn es wäre den individuellen Vermuthungen und Befürchtungen, ja sogar der Chicane des Zeugen offener Raum gelassen; weil die Beurtheilung des etwa zu befürchtenden Nachtheiles lediglich dem Zeugen überlassen bliebe, da dieser nur die einfache Erklärung, er befürchte Nachtheile von seiner Aussage, vor dem Richter abgeben, die Gründe dieser Befürchtung aber verschweigen würde, um eben nicht durch deren Mittheilung vor dem Richter gerade das auszusagen, was ihm nachtheilig werden kann[437]). Höchstens läßt sich die Ausnahme insoweit rechtfertigen, daß kein Zeuge gezwungen werden kann, über eine, einen Rechtsanspruch gegen ihn begründende Thatsache Zeugniß abzulegen[438]). — Die gegen Zeugen anzuwendenden Zwangsmittel sind Geldstrafe und Gefängniß[439]). Sonst hielten Manche bei beharrlicher Verweigerung sogar die Folter für zulässig, was aber selbst, so lange die Folter bestand, niemals in der Praxis Eingang gefunden hat.

V. Beweisführung durch Zeugen[440]).

1) Beweisantretung. Bei dem Zeugenbeweise wird der Beweis dadurch angetreten, daß der Producent in seiner, während der Beweisfrist einzureichenden Beweisantretungsschrift (sog. Präsentationsschreiben) erklärt, von diesem Beweismittel Gebrauch machen zu wollen, daneben in einem besonderen Schriftsatze die Beweisartikel vorlegt, und bittet, die Beweisartikel dem Producten, zur Einreichung seiner Fragstücke, mitzutheilen, einen Productionstermin anzuberaumen, und zu demselben die Zeugen, um zu schwören und sich vernehmen zu lassen, den Producten aber, um die Vorstellung und Beeidigung der Zeugen

---

437) Sell, Jahrb. Bd. 2, S. 298 flg.

438) Schneider, vom Beweise §. 163, 164. Schmid, Handb. des Civilproc. Bd. 2, §. 136.

439) Can. 80. Causa 11. qu. 3. Cap. 35. i. f. X. V. 39.

440) Ueber das römische Recht vgl. L. 14. 19. C. IV. 20. L. 18. C. IV. 21. Nov. 90. cap. 4. 9. Glück Bd. 22, S. 200 flg. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis Bd. 5, S. 76 flg. Spangenberg ebd. Bd. 6, S. 213 flg. Ueber das ältere teutsche Recht s. Maurer, Gesch. des altgerman. Gerichtsverfahrens §. 23, 71, 138, 187. Feuerbach, Betracht. über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege S. 105 flg. Steiner, über das altteutsche Gerichtswesen §. 14, S. 145 flg. Mittermaier a. a. O. S. 71 flg. Ueber das ältere kanonische Recht vgl. cap. 2. X. II. 20. Linde in Zu-Rhein's Jahrb. Bd. 1, S. 20 flg. Die dem jetzigen Verfahren bei dem Zeugenbeweise zu Grunde liegenden Bestimmungen enthalten: Cap. 17. 41. 42. 53. X. II. 20. Cap. 2. de testibus in VI. (II. 10.) Clem. 2. eod. (II. 8.) Clem. 2. de verbor. significat. (V. 11.) Kammergerichtsordn. v. 1508 §. 8—15. Reichsabsch. v. 1566 §. 98. Deputationsabsch. v. 1600 §. 133—135. Jüngster Reichsabsch. §. 47—57.

Digitized by Google

zu sehen, vorzuladen. Die Artikel sind ein Ueberbleibsel des durch den jüngsten Reichsabschied §. 34 abgeschafften articulirten Verfahrens, und sollen dazu dienen, die Vernehmung der Zeugen zu leiten und zu erleichtern. Für so wesentlich, daß ohne Beweisartikel die Beweisantretung als ungiltig zu betrachten wäre, können nach gemeinem teutschen Processe übrigens die Artikel nicht angesehen werden[441]). Denn dafür spricht weder ein Gesetz[442]), noch die Natur der Sache. Der Richter würde aber, wenn keine Beweisartikel vorliegen, blos den Zeugen auffordern können, seine Wissenschaft über den Beweissatz mitzutheilen[443]), außerdem aber nur diejenigen Fragen stellen dürfen, welche er auch neben den Beweisartikeln den Zeugen von Amtswegen vorzulegen befugt ist. Sehr unzweckmäßig würde aber allerdings bisweilen die Unterlassung der Beweisantretung durch Artikel sein, besonders in zwei Fällen, nämlich 1) wenn ein Zeuge nicht über den ganzen Beweissatz, sondern nur über einen Theil desselben etwas aussagen kann, und solchenfalls müßte die Nichtüberreichung von Artikeln oder wenigstens die Unterlassung der näheren Angabe dessen, worüber der Zeuge vernommen werden soll, als nicht gehörige Beweisantretung und deshalb der Beweis hinsichtlich dieses Zeugen als unstatthaft angesehen werden; 2) wenn der Beweis auf künstliche Art geführt, d. h. wenn ein Zeuge vorgeschlagen wird, welchem nur Eine Thatsache bekannt ist, von welcher erst auf die Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit des eigentlichen Beweissatzes geschlossen werden muß[444]). Nach vielen Landesproceßgesetzen ist aber die Artikelform wesentlich nothwendig[445]). Zweckmäßig ist, bei der Beweisantretung eine scheinbare Unzulässigkeit eines Zeugen, welche eine sofortige Verwerfung desselben, wenn sie wirklich vorhanden wäre, veranlassen würde, und daher eine solche befürchten läßt, sofort zu beseitigen. Auch kann in der Beweisantretung oder der Präsentationsschrift der Antrag gestellt werden, die Zeugen in ihrer Wohnung abzuhören[446]), oder, da-

---

441) Bayer, ordentl. Proceß §. 284.

442) Der jüngste Reichsabschied §. 34 schafft das artieulirte Verfahren ab „nur allein die Probationalen, da die Partheyen wollen und wannes die Nothdurfft erfordert, wie auch die Responsiones und Antworten auf dieselbe, ausgenommen."

443) Diese Form des Zeugenverhörs hält Schneider, vom Beweise §. 343 ohne Grund nur dann für zulässig, wenn der Gegner einwilligt.

444) Bayer a. a. O.

445) So nach den meisten sächsischen Proceßordnungen. Alte kursächs. PO. Tit. 20, §. 7. Tit. 24, §. 1. Ernest. PO. P. I. Cap. 10, §. 12. Altenb. PO. P. I. Cap. 21, §. 14. Goth. PO. P. I. Cap. 21, §. 13. Manche neuere Gesetze verlangten die Artikelform wenigstens bei dem Zeugenbeweise, z. B. Goth. Gesetz über Abkürzung des ordentlichen Processes v. 12. October 1837 §. 8. Koburg. Proceßgesetz v. 1. December 1858 Art. 74. Wieder andere schaffen diese Form überhaupt ab und erklären auch bei dem Zeugenbeweise die Bezeichnung dessen, worüber der Zeuge vernommen werden soll, für genügend. Weim. Proceßgesetz v. 28. Mai 1857 §. 7. Rudolst. Proceßgesetz v. 12. Nov. 1858 §. 56.

446) Vgl. cap. 8. X. II. 20.

Digitized by Google

fern es nöthig ist, solche an dem streitigen Orte zu vernehmen, was besonders dann geschieht, wenn die Zeugen erst nach vorgängiger Besichtigung ihre Aussagen mit Wirkung erstatten können, oder endlich, wenn die Zeugen unter einer fremden Gerichtsbarkeit stehen, den über sie competenten Richter wegen Abhörung der Zeugen über die demselben von dem Proceßgerichte zu übersendenden Artikel zu ersuchen; auch kann der Antrag gestellt werden, einen von der Partei vorgeschlagenen Notar bei dem Zeugenverhör gegenwärtig sein zu lassen[447]). — Die Beweisartikel (Weisungssätze, propositiones, capituli, articuli) sind einzelne Fragen über die zum Beweise verstellten Thatsachen oder solche, welche mit jenen in mittelbarer Verbindung stehen, indem sie entweder Nebenumstände derselben betreffen oder ein solcher Zusammenhang zwischen diesen und jenen stattfindet, daß die Wahrheit dieser auf die jener zu schließen berechtigt. Außer diesen Fällen dürfen neue thatsächliche Behauptungen, welche entweder eine Veränderung der Klage oder eine nicht zur rechten Zeit vorgebrachte Einrede, Replik, Duplik und dergl. enthalten, in die Artikel nicht aufgenommen werden. Die Artikel werden, mit Zahlen versehen, in zweckmäßiger Reihenfolge aufgestellt und fangen, wenn sie bejahende Sätze enthalten mit „Wahr", wenn verneinende, mit „Nicht wahr" an. Von ihrer Abfassung gelte folgende Regel: 1) Da ein Zeuge nach seiner eigenthümlichen Bestimmung nicht zu urtheilen, sondern nur anzugeben hat, was er mit seinen Sinnen wahrgenommen hat, so können nur Thatsachen, nicht auch rechtliche Ansichten und Schlußfolgerungen in die Artikel aufgenommen werden; namentlich sind die sog. Illativartikel verwerflich. 2) Die Artikel dürfen blos relevante Thatsachen, wenn solche auch nur mittelbar relevant sein sollten, enthalten, was schon aus dem Zwecke der Beweisführung folgt[448]). 3) Um zu generelle Antworten zu vermeiden, darf jeder Artikel nicht mehr als Eine Thatsache enthalten. 4) Alle Artikel zusammengenommen müssen den Beweissatz erschöpfen, sich über alle Haupt- und Nebenumstände verbreiten und jeder soll deutlich und bestimmt abgefaßt sein. Von Manchen[449]) wird der Satz vertheidigt: articulans fatetur, während Andere[450]) den umgekehrten Satz verfechten und in den Beweisartikeln kein Geständniß finden. Gensler stellt den Satz auf: „Jedes im Verhältniß zu einem bestimmten Gegner in der nämlichen Sache und in den nämlichen Acten geschehene Geständniß, antwortend oder selbst behauptend, unter der Rubrik einer Einrede oder in der Form eines Beweisartikels, muß ein Geständniß sein und bleiben und dessen Wirkung haben. Es bedarf keiner Acceptation und kann von der freiwillig selbstgeständigen Partei ohne Beweis eines Irrthums

447) Deputationsabsch. v. 1600 §. 130. Vgl. jedoch ebd. §. 129.
448) Jüngster Reichsabsch. §. 50.
449) So von Gensler im Archiv f. civil. Praxis Bd. 2, S. 295.
450) Mittermaier ebd. S. 293 flg. Spangenberg in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. 5, S. 37 flg.

Digitized by Google

nicht revocirt werden." Es genügt aber, um einer Einräumung die Wirkung eines bindenden gerichtlichen Geständnisses zu geben, nicht, wenn dieselbe im Verhältniß zu einem bestimmten Gegner geschieht, sondern es ist noch mehr dazu erforderlich. Zum gerichtlichen Geständnisse gehört nothwendig, daß es gegen denselben Gegner in dem vorliegenden Processe geschieht [451]). Denn hat der Gestehende das Gestandene seinem Gegner nicht zur Feststellung ihrer Rechtsverhältnisse einräumen wollen, so fehlt es an dem animus confitendi, und sowie dieser nothwendig ist, um irgend ein Geständniß zum Beweisgrunde zu erheben, so ist er auch doppelt nothwendig bei einem gerichtlichen Geständniß, um demselben die Wirkung eines solchen zu ertheilen. Liegt eine solche gegen den Gegner geschehene Einräumung vor, so ist es allerdings gleichgiltig, in welchem Stadium des Processes sie geschehen ist; sie muß immer die Wirkung eines gerichtlichen Geständnisses haben, mag sie auch, wie Gensler bemerkt, antwortend oder selbst behauptend, oder unter der Rubrik einer Einrede, d. h. bei Vorschützung derselben, vorgebracht sein. Ganz anders verhält es sich mit dem von Gensler aufgeführten, in die Form eines Beweisartikels eingekleideten Geständniß; ein solches kann weder nach dem Zwecke der Entwerfung der Beweisartikel, noch aus anderen Gründen, als gerichtliches Geständniß betrachtet werden. Nicht dem Zwecke der Entwerfung der Beweisartikel nach, denn dieser ist kein anderer, als nur einen Leitfaden zu geben, um die Vernehmung der Zeugen gehörig vorgenommen zu sehen, keineswegs aber, um ein Geständniß abzulegen, wodurch die ganze Vernehmung der Zeugen überflüssig werden würde. Und auch aus anderen Gründen nicht, weil ein solches aus der Fassung eines Beweisartikels zu entnehmendes Geständniß immer nur gegen den Zeugen, nicht aber gegen den Gegner selbst gerichtet sein würde. Denn wenn es gleich üblich ist, daß die Beweisartikel dem Gegner zur Entwerfung von speciellen Fragstücken durch den Richter mitgetheilt werden, und der Gegner solche in denselben Acten zu Gesicht bekommt, so sind dennoch die Artikel nicht für den Gegner, sondern nur für den Zeugen entworfen; nur der Zeuge soll sie beantworten und nur an ihn sind sie gerichtet, nicht an den Gegner. Es fehlt mithin sowohl in der ersteren als in der letzteren Rücksicht an einem animus confitendi von Seiten des Articulanten, folglich auch an dem wesentlichen Erforderniß eines gerichtlichen Geständnisses; es liegt überdies ein Geständniß gegen Dritte vor, welches nach Gensler's eigener Behauptung dem Richter keinen Ueberzeugungsgrund gewährt. Gensler beruft sich zwar, um seine Ansicht zu beweisen, auf die Schlußworte der L. 13. C. IV. 30., welche in dem cap. 14. X. II. 19. wiederholt sind: „Nimis enim indignum esse iudicamus, quod suo quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere." Diese Schluß-

451) Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 7, S. 41 flg.

Digitized by Google

worte begründen aber, wenn man sie im Zusammenhange mit der ganzen Verfügung nimmt, seine Behauptung nicht. Diese Stelle handelt nämlich nur von außergerichtlichen in Schriften abgelegten Bekenntnissen und deren Beweiskraft gegen den Aussteller, und dabei ist nur von solchen Fällen die Rede, in welchen der Schuldner sich gegen den Gläubiger zu gewissen Verpflichtungen bekennt; auch wird dabei vorausgesetzt, daß die causa debendi angegeben ist. Die am Schlusse der Stelle enthaltenen Worte beziehen sich daher lediglich auch nur auf die angegebenen Verhältnisse und sind nicht als eine allgemeine Regel und noch weniger in der Allgemeinheit anzusehen, in welcher Gensler sie zu nehmen versucht hat. Auch liegt in dem in der gedachten Stelle erwähnten Falle ein dem Gegner mit dem erforderlichen animus confitendi abgelegtes außergerichtliches Geständniß vor. Unter Umständen kann allerdings eine in einem Beweisartikel oder Gegenbeweisartikel aufgestellte Behauptung Wahrscheinlichkeit begründen und so einen unterstützenden Einfluß auf das Resultat anderweit geführter Beweise äußern. — Vor Ablauf der peremtorisch gesetzten Beweisfrist können neue Beweisartikel (Additionalartikel) hinzugefügt werden; später aber nicht, außer wenn ausnahmsweise Additionalzeugen zulässig sind oder die schon vorgeschlagenen Zeugen über neue oder neu in Erfahrung gebrachte Thatsachen vernommen werden sollen[452]), in welchen Fällen natürlich auch neue Artikel eingereicht werden dürfen. Am Schlusse der Beweisartikel werden die einzelnen Zeugen benannt und genau bezeichnet, auch daneben angegeben, über welche einzelne Artikel jeder Zeuge vernommen werden soll (denominatio testium cum directorio). Daneben wird bei den einzelnen Artikeln, bei welchen der Producent dem Zeugen etwas vorgelegt oder vorgelesen wissen will, dieses bemerkt[453]). Fehlt die Benennung der Zeugen ganz, so ist der Beweis bei peremtorischer Beweisfrist desert; fehlt aber blos das directorium, so werden die Zeugen über alle Artikel vernommen[454]). Sollen alle Zeugen über alle Artikel vernommen werden, so kann freilich das Directorium ganz weggelassen werden; man deutet es aber doch gewöhnlich durch die Formel an: „Alle über sämmtliche Artikel" oder „singuli ad omnes"[455]). — Der Richter prüft die Beweisantretung auch hier nach den allgemeinen, über diese Prüfung geltenden Grundsätzen[456]) und verwirft entweder dieselbe, unter blos nachrichtlicher Mittheilung an den Producten, ganz, oder theilt sie, unter Verwerfung einzelner unzulässiger Zeugen oder Artikel, unter der arctatorisch-peremtorischen Auflage, die Einreden gegen die Personen der Zeugen vor dem Productionstermine, vorzubringen, und mit der Auflage der nöthigen Verbesserungen an den Producenten,

452) Vgl. den Artikel Beweis Bd. II, S. 152 flg.
453) Linde, Civilproceß §. 264 a. E. Danz, ordentl. Proc. §. 279 a. E.
454) Danz a. a. O. §. 279, N. a. b.
455) Claproth, ordentl. Proc. II, §. 259.
456) Vgl. den Artikel Beweis Bd. II, S. 154 flg.

Digitized by Google

zur Einreichung der Fragstücke vor dem Productionstermine, dem Producten mit. Der letztere Theil des Decretes ist freilich ein blos monitorischer, aber dennoch, weil die Fragstücke das Surrogat der früher, wo die Parteien selbst bei dem Zeugenverhör gegenwärtig waren, mündlich gestellten Fragen bilden, ein nothwendiger[457]). In der Regel wird in diesem Mittheilungsdecret zugleich der Productionstermin angesetzt[458]), beide Parteien, und zwar der Producent unter Androhung des Verlustes dieses Beweismittels[459]), der Product dagegen nur monitorisch zu diesem Termine geladen, und es werden wegen Vorladung der Zeugen die nöthigen Verfügungen erlassen. Die Ladung an den Producten soll demselben blos Gelegenheit geben, von der Producirung und Vereidung der Zeugen sich zu überzeugen; daher hindert sein Nichterscheinen das Verhör nicht. Jene Gelegenheit muß aber dem Producten gegeben werden, und man kann der Meinung nicht beipflichten, daß, wenn auch jene Gelegenheit ihm nicht gegeben wäre, das Zeugenverhör, wenn nur sonst Alles legal vorgenommen worden ist, aus diesem Grunde nicht nichtig sein würde[460]). Denn der Product hat ein vollkommenes Recht, zu verlangen, daß er die Zeugen von Person kennen lerne, um hiernach auch seine Einreden gegen dieselben zu stellen, und die persönliche Vorstellung der Zeugen ist um so nothwendiger, als dieselbe den Mangel der Gegenwart des Producten bei der Zeugenabhörung selbst mit zu ersetzen bestimmt ist. — Der Beweisführer und bezüglich Gegenbeweisführer wird, obwohl eine größere Anzahl von Zeugnissen über eine und dieselbe Thatsache, sobald zwei vollkommen glaubwürdige Zeugenaussagen darüber vorliegen, unerheblich ist, doch zweckmäßiger Weise sich nicht damit begnügen, für seinen vorgehabten Beweis nur zwei Zeugen vorzuschlagen; vielmehr wird derselbe in der Regel so viele vorschlagen, als er Personen aufzutreiben im Stande sein wird, von denen er annehmen zu können glaubt, daß sie die Thatsache, bezüglich welcher er die richterliche Ueberzeugung begründen will, zu bekunden vermögen. Zu einem solchen Verfahren ist der Beweisführer einerseits durch die Eigenschaft der ihm vom Richter (oder nach Particulargesetzen durch das Gesetz) bestimmten peremtorischen Beweisfrist, deren Ablauf ihn in der Regel von dem Vorschlage neuer Zeugen und sonstiger Beweismittel ausschließt, andererseits durch den Umstand veranlaßt, daß er von vornherein nicht wissen kann, ob nicht die persönliche vollkommene Glaub-

457) Vgl. Nov. 90. cap. 4. 9. Deputationsabsch. v. 1600 §. 130. Linde in v. Zu-Rhein's Jahrb. Bd. 1, S. 25 flg.

458) Bisweilen geschieht dieses freilich erst später (Linde, Civilproc. §. 265, N. 9), und wenn ein requirirter oder committirter Richter das Zeugenverhör vornimmt, so setzt dieser den Productionstermin an (Linde a. a. O. N. 8). Die Artikel und Fragstücke werden diesem von dem Proceßgerichte übersendet.

459) Sofern nicht dieser schon vorher die Zeugen dem Gerichte vorgeführt hat. Danz a. a. O. §. 305.

460) Diese Meinung hat Linde in v. Zu-Rheins Jahrb. Bd. I, 1, Abh. 2.

würdigkeit des einen oder anderen Zeugen beanstandet werden wird, sowie er auch nicht mit Sicherheit zu ermessen vermag, wie dieselben nach erfolgter Beeidigung aussagen werden. Indessen liegt es in der Natur der Sache und lehrt die Erfahrung, daß sowohl Absicht der Chicane als auch übertriebene Aengstlichkeit einen Beweisführer veranlassen können, rücksichtlich der Zahl der von ihm vorzuschlagenden Zeugen zu viel des Guten zu thun, und es fragt sich daher, ob der Richter keine Mittel in Händen habe, einem solchen die endliche Entscheidung des Processes verzögernden und nutzlose Kosten verursachenden Uebermaaße zu steuern. Diese Frage dürfte selbst dann nicht umgangen werden, wenn die Quellen unseres Proceßrechtes sich nicht damit beschäftigen. Da aber nicht allein das römische Recht[461]), sondern auch das kanonische[462]) und selbst teutsche Particulargesetzgebungen[463]) Bestimmungen hinsichtlich des Uebermaßes der vorgeschlagenen Zeugen enthalten, so ist es wunderbar, daß die meisten neueren Particularisten auf eine Erörterung der Geltung und Anwendung dieser Vorschriften, mit welchen sich die älteren Rechtslehrer beschäftigt haben, nicht eingehen, wäre es auch nur, um deren Nichtanwendbarkeit darzuthun, welche als im Sinne derjenigen liegend anzusehen ist, welche darüber völliges Stillschweigen beobachten. Was die Frage selbst betrifft, ob es kein Mittel für den Richter gebe, der Proceßverschleppung und dem unnützen Kostenaufwande, welche der Vorschlag einer übermäßigen Anzahl von Zeugen zur Folge hat, zu steuern[464]), so möchte man ein solches Mittel zunächst im Gefährdeeide erblicken. Zwar sprechen unsere Quellen vom speciellen Gefährdeeide mit Rücksicht auf den Zeugenbeweis nur in einer anderen nicht unmittelbar hierher gehörigen Anwendung, indem sie bestimmen, daß der Beweisführer, welcher bereits dreimal Zeugen producirt hat, zu einer vierten Production nicht ohne vorherige Ableistung dieses Eides zugelassen werden solle[465]). Da jedoch der Richter von Amtswegen das iuramentum malitiae so oft zu verlangen befugt ist, als seines Erachtens ein gegründeter Verdacht der Gefährden vorliegt (cap. 2. §. 2. de iuram. calumn. in VI. II. 4.), ein solcher Verdachtsgrund aber je nach Beschaffenheit der Sache in dem Vorschlage einer größeren Zahl von Zeugen allerdings gegeben sein kann, so scheint der specielle Gefährdeeid zur Abwendung einer übermäßigen Production von Zeugen dienen zu können. Freilich stellt sich dieses Mittel von vornherein als nicht vollkommen zureichend dar, weil in vielen Fällen der Vorschlag einer übermäßigen Zahl von Zeugen nicht aus Absicht der Chicane, sondern von zu großer Aengstlichkeit des Producenten herrührt, dieser also den von ihm verlangten Gefährdeeid schwören könnte, ohne daß deshalb die vielen Zeugen

461) L. 1. §. 2. D. 22. 5.
462) Cap. 37. X. II. 20. Clem. 2. de V. S. (V. 11.)
463) Cod. iur. bavar. iudic. v. 1752 Cap. 10, §. 13.
464) Vgl. darüber Renaud im Archiv f. civil. Praxis Bd. 42, S. 301 flg.
465) Nov. 90. cap. 4. Cap. 15. 55. X. II. 20.

Digitized by Google

weniger überflüssig wären. Sollte demnach der Gefährdeeid wirklich ein taugliches Mittel sein, der Production einer übermäßigen Zahl von Zeugen zu steuern, so würde er doch nur für den Fall einer Chicane des Producenten bei dem von ihm gemachten Zeugenvorschlage zur Erreichung dieses Zweckes führen, und mithin die Frage offen bleiben, ob es nicht einen durchgreifenderen Weg gebe, den Mißständen aus der Benennung einer zu großen Zahl von Zeugen vorzubeugen. Bevor man jedoch hierauf eingeht, fragt es sich erst, ob und in welcher Weise der Gefährdeeid, der Verdacht einer Gefährde vorausgesetzt, zu dem angedeuteten Zwecke dienen kann. Finden wir nun, wie in den Quellen des Proceßrechtes, so auch in der Proceßliteratur, keine Auskunft über eine solche Anwendung des speciellen Gefährdeeides, so tritt hierbei eine Schwierigkeit entgegen, welche wohl als der Grund zu betrachten ist, warum jener in der Theorie keine Erwähnung geschieht. Die praktische Bedeutung dieses Eides besteht nämlich im allgemeinen darin, daß die Partei, welcher derselbe abgefordert worden ist, durch dessen Verweigerung der Handlung, mit Rücksicht auf welche sie ihn leisten sollte, verlustig wird. Selbstverständlich kann nun die Verweigerung eines wegen Vorschlages von Zeugen auferlegten Gefährdeeides nicht den Verlust sämmtlicher vorgeschlagener Zeugen, bezüglich deren Nichtvernehmung zur Folge haben, da der Eid nicht mit Rücksicht auf die Beweisantretung durch Zeugen überhaupt, sondern nur wegen der Benennung einer übermäßigen Zahl von Zeugen gefordert werden kann. Soll demnach der gedachte Eid zu diesem Zwecke brauchbar sein, so muß der Richter die Befugniß haben, die Zahl der vorgeschlagenen Zeugen für den Fall der Nichtableistung des Eides zu ermäßigen, sei es, daß er dieses bei der Auferlegung des Eides thut oder erst, nachdem der verlangte Gefährdeeid von dem Producenten verweigert worden ist. Es fragt sich nun, ob der Richter ein solches Moderationsrecht habe? ob er dasselbe nur für den Fall des Verdachtes der Gefährde gegen den Producenten habe oder ob es ihm auch abgesehen hiervon zustehe? Schon das römische Recht (L. 1. §. 2. D. 22. 5.) spricht dem iudex allgemein, d. h. ohne Rücksicht auf den Verdacht einer calumnia, das Recht und die Pflicht zu, den numerus testium auf die von ihm für nöthig erachtete Zahl zu ermäßigen, während das kanonische Recht (cap. 37. X. II. 20. Clem. 2. de V. 5.) wiederholt bestimmt, es solle die „effrenata“ oder „superflua testium multitudo refrenari“. Wenn auch bereits Pilius de ordine iudic. P. III. §. 11. bemerkte, daß dieses Moderationsrecht selten in Anwendung gebracht werde, so zweifelten doch noch weit spätere Processualisten an dessen Bestande nicht, obwohl sie über die Art und Weise, wie dasselbe auszuüben sei, stritten, während selbst neuere teutsche Particulargesetzgebungen dasselbe anerkannten, und z. B. der Cod. iur. bavar. iudic. v. 1752 Cap. 10, §. 13 bestimmte: „dem Producenten steht zwar frei, so viele Zeugen aufzubringen, als ihm beliebt. Sollte man aber eine geflissentliche Verzögerung oder einen Ueberfluß dabei merken, so ist

Digitized by Google

dieſer von Amtswegen abzuſtellen." Erſt in der neueren Theorie[466]) iſt das richterliche Moderationsrecht hinſichtlich der Zahl der Zeugen von den Meiſten bei der Darſtellung des ordentlichen Proceſſes mit Stillſchweigen übergangen oder doch mit der kurzen Bemerkung abgethan worden, daß der Richter berechtigt ſei, ein Uebermaaß der Beweismittel zu verhindern oder eine übermäßige Zahl von Zeugen zu beſchränken, oder daß geſetzlich ein Maximum der vorzuſchlagenden Zahl von Zeugen beſtimmt ſei. Nur bei dem ſogenannten unbeſtimmten ſummariſchen Proceſſe pflegen die meiſten neueren Rechtslehrer die von ihnen hier verſchieden beantwortete Frage anzuregen, wie es ſich im Falle des Vorſchlages einer übergroßen Zahl von Zeugen verhalte, indem ſie zu einer ſolchen Beſchränkung durch den zweifachen Irrthum veranlaßt wurden, als ob allein die Clem. 2. de V. S. ſich mit der superflua testium multitudo befaßte und dieſes Geſetz in keiner Beziehung zu unſerem heutigen ordentlichen Proceſſe ſtände, während es doch nach der Beweisführung von Briegleb[467]) gerade deſſen Grundlage geworden iſt. Es bedarf daher keiner weiteren Ausführung, daß, wenn es heutzutage ein richterliches Moderationsrecht rückſichtlich der zum Beweiſe oder Gegenbeweiſe vorgeſchlagenen Zeugen giebt, daſſelbe gerade für den ordentlichen Proceß beſteht. Es muß ein ſolches Moderationsrecht geben und deſſen Beſtehen müßte ſelbſt dann angenommen werden, wenn ſich directe poſitive Belege dafür nicht nachweiſen ließen. Eine ſolche Befugniß dem Richter abſprechen, hieße der Proceßverſchleppung Thüre und Thor öffnen, und einer jeden Partei, welche in der Lage iſt, einen Beweis oder Gegenbeweis anzutreten, die Möglichkeit einräumen, den definitiven Austrag des Rechtsſtreites endlos hinauszuziehen. Denn wenn auch ſämmtliche Zeugen, deren Vernehmung der Beweisführer oder Gegenbeweisführer haben will, binnen der peremtoriſchen Beweisfriſt, wenn eine ſolche durch den Richter oder das Geſetz beſtimmt iſt, zu benennen ſind, ſo läßt ſich doch nicht in Abrede ſtellen, daß durch den Vorſchlag einer übermäßigen Anzahl von Zeugen ein oft gar nicht zu berechnender Aufſchub des Enderkenntniſſes herbeigeführt werden kann. Ja ſelbſt im Falle des gegründetſten Verdachtes einer durch Benennung einer übermäßigen Zahl von Zeugen beabſichtigten muthwilligen Proceßverzögerung könnte ſich, wie vorher gezeigt wurde, der Richter, welchem man jede Moderationsbefugniß hinſichtlich der Zahl der Zeugen, abſpräche, der ſonſt ſtatthaften Präventivmaßregel der Auferlegung des ſpeciellen Gefährdeeides nicht bedienen. Indeſſen iſt jenes Moderationsrecht auf den Fall eines gegründeten Verdachtes der Gefährde nicht zu beſchränken, vielmehr daſſelbe ganz allgemein in Anſehung einer übermäßigen Zahl zu behaupten, indem es eine Folge der richterlichen Befugniß iſt, überflüſſige Proceduren abzuſchneiden, ſich mithin aus

466) Vgl. die Literatur bei Renaud a. a. O. S. 305.
467) Briegleb, Einl. in die Theorie der ſumm. Proceſſe. Leipzig 1859.

Digitized by Google

der dem Richter zukommenden Proceßdirection ergiebt. Dies ist um so weniger zu bezweifeln, als nach dem vorher Bemerkten das römische, sowie auch das kanonische Recht ein solches Moderationsrecht des Richters ganz allgemein anerkennen und dasselbe auch von den älteren Processualisten niemals in Abrede gestellt worden ist. Bei einer solchen Sachlage sind die Gründe, welche man in neuerer Zeit gegen diese Befugniß geltend gemacht hat, kaum zutreffend. Dies gilt zunächst von der Ausführung Mittermaier's[468]), als ob die Clem. 2. de V. S. dem Richter nur vorschriebe, Zeugen, welche über offenbar irrelevante Punkte vorgeschlagen werden, sofort zu verwerfen. Denn abgesehen davon, daß die Worte dieser Decretale keinen Anhaltspunkt für diese Auslegung bieten und daß der Pabst, wenn er eine Vorschrift dieser Art hätte erlassen wollen, dies doch eher in der Form eines Verbotes der Zulassung irrelevanter Beweisartikel gethan haben würde, so ist es nicht allein dieses Gesetz, welches eine Beschränkung einer übermäßigen Anzahl von Zeugen gebietet. Wenn man sich aber dafür, daß ein richterliches Moderationsrecht hinsichtlich der Zahl der vorgeschlagenen Zeugen nicht mehr bestehe, auf die rechtliche Bedeutung des heutigen Beweisurtheils und die peremtorische Eigenschaft der heutigen Beweisfrist beruft[469]), so läßt sich in der That nicht einsehen, wie eine solche Consequenz aus diesen Momenten sich ergeben sollte. Ist nämlich die Bedeutung des Beweisinterlocuts die einer bedingten Definitiventscheidung in der Art, daß der Sieg der Partei, welcher ein Beweis auferlegt worden ist, durch das Gelingen desselben bedingt ist, so folgt hieraus offenbar nur, daß dem Beweisführer keine zur Führung seines Beweises nöthigen Beweismittel abgeschnitten werden dürfen, nicht aber, daß die Beschränkung einer übermäßigen Anzahl von Zeugen unstatthaft wäre. Aus der peremtorischen Eigenschaft der Beweisfrist ergiebt sich aber nur, daß allein solche Zeugen abzuhören sind, welche der Beweisführer innerhalb derselben vorgeschlagen hat, nicht aber, daß alle von ihm rechtzeitig benannten Zeugen abgehört werden müßten. Freilich darf der Richter nur die übermäßige Zahl von Zeugen abschneiden, während er nicht befugt ist, dem Beweisführer oder Gegenbeweisführer die gesetzlichen Beweise zu verwehren. (Clem. 2. de V. S.) Und gerade die Frage, wie der Richter das ihm zustehende Moderationsrecht ausüben könne, ohne den Beweisführer zu verletzen und denselben hinsichtlich der ihm nach Recht und Billigkeit zu gestattenden Beweismittel zu verkürzen, ist es, deren Beantwortung schwierig ist. In dieser Hinsicht ist eine zwiefache Art der Ausübung des richterlichen Moderationsrechtes denkbar und auch durch die älteren Processualisten vertheidigt worden. Denkbar ist nämlich, und dahin geht auch die eine Ansicht, daß der Richter zunächst keine Entscheidung über die Zahl der abzuhörenden

468) Proceßvergleich H. IV, S. 148 flg.
469) Briegleb a. a. O. S. 136 flg.

Digitized by Google

Zeugen erläßt, vielmehr erst dann, wenn er nach Abhörung einiger Zeugen den beabsichtigten Beweis für erbracht erachtet, die Production der weiteren zu dem betreffenden Beweissatze benannten Zeugen nicht gestattet und von deren Vernehmung absieht[470]). Hiernach findet eine Ermäßigung der Zahl der Zeugen, wie Farinacius sich ausdrückt, nur dann statt, „quando producens probavit articulata", womit dann die Besorgniß einer Abschneidung nöthiger Zeugen entfernt scheint. Die andere denkbare und auch vertheidigte Art der Ausübung des richterlichen Moderationsrechtes ist die, daß der Richter die Zahl der vorgeschlagenen Zeugen vor Beginn des Zeugenverhörs ermäßigt, indem er dem Beweisführer auferlegt, unter den von ihm benannten Zeugen eine Auswahl bis zu einer gegebenen Zahl zu treffen[471]). Betrachtet man nun die praktische Brauchbarkeit dieser beiden denkbaren Arten des richterlichen Moderationsrechtes, so steht die erstere nicht mit der Verhandlungsmaxime im Widerspruche. Denn hat in Gemäßheit dieser der Richter das Streitverhältniß in der ihm durch die Parteien gegebenen thatsächlichen Gestaltung aufzunehmen, und auch nur auf geeignete Anträge der Parteien in deren Interesse zu handeln, so ist doch heutzutage die Ladung der von dem Beweisführer vorgeschlagenen Zeugen seine Sache, und jenes Princip steht einer Vertheilung der mehreren Ladungen auf verschiedene Termine nicht entgegen. Ebensowenig thut dies aber die Eventualmaxime insofern, als ohnehin der Richter bei einer größeren Zahl von Zeugen nicht alle an dem nämlichen Gerichtstage vernehmen kann und deshalb schon ohne Zweifel befugt ist, zunächst nur den einen Theil derselben vorzuladen und sich durch den Beweisführer vorstellen zu lassen. Wohl aber hindert die Eventualmaxime, daß, nachdem ein Theil der vorgeschlagenen Zeugen abgehört und der Zeugenrotul eröffnet, auch Beweisimpugnation und Salvation zu den Acten gebracht worden ist, die Vernehmung des anderen Theiles der vorgeschlagenen Zeugen angeordnet werde. Dies spricht umsomehr gegen die praktische Brauchbarkeit der fraglichen Art der Ausübung des richterlichen Moderationsrechtes, als Instruction und Entscheidung des Processes nicht immer von demselben Richter ausgehen, und als das erkennende Gericht sehr wohl einen vom Instructionsrichter für genügend erachteten Zeugenbeweis für mißlungen oder unvollkommen gelungen ansehen kann. Hiernach bietet jene Art der Moderation in Wirklichkeit gar keine Sicherheit dar, daß nur eine superflua, effrenata testium multitudo abgeschnitten werde; sie kann dazu führen, daß von einer größeren Zahl vorgeschlagener Zeugen nur zwei abgehört werden, und zwar möglicher Weise gerade die untauglichsten, welche zufällig zuerst vorgeladen und deren Aussagen von dem instruirenden Richter ungegründeter Weise

470) Durantis, Spec. iur. L. I. P. de teste §. 11. nr. 13. Farinacius, de test. Qu. 80. nr. 116 sq.

471) Böhmer, Princ. iur. canon. §. 790.

Digitized by Google

für voll beweisend erachtet worden sind. Dazu gesellt sich aber der weitere Nachtheil, daß, während vielleicht nur einige wenige der vorgeschlagenen Zeugen producirt werden, der Beweisgegner doch genöthigt ist, seine Einreden gegen die Personen der Zeugen in Ansehung sämmtlicher gegentheiliger Zeugen, wie viele deren auch sein mögen, vorzubringen. Fällt nun auch dieser letztere Uebelstand bei der zweiten erwähnten Art der Ausübung des richterlichen Moderationsrechtes weg, so ist auf der anderen Seite nicht zu läugnen, daß dieselbe bei dem ersten Anblicke insofern etwas Bedenkliches hat, als der Beweisführer keineswegs immer mit voller Sicherheit die größere oder geringere Tauglichkeit der Zeugen, unter welchen er eine Auswahl treffen soll, sowohl in Ansehung ihrer persönlichen Glaubwürdigkeit, als auch hinsichtlich der Art und Weise, wie sie auszusagen im Stande sein werden, zu bemessen vermag. Indessen hebt sich dieses Bedenken durch die Erwägung, daß eines Theils der Richter sein Moderationsrecht nur dann in Anwendung bringen soll, wenn nach Lage der Sache die Menge der Zeugen auf Gefährde oder doch Mangel an Sorgfalt hinsichtlich einer zu treffenden Auswahl der Zeugen schließen läßt, und daher eine absichtliche oder doch culpose Proceßverzögerung von Seiten des Beweisführers in Aussicht stellt, sowie daß anderen Theils jenes Ermäßigungsrecht selbst mit Maaß auszuüben und daher der Beweisführer nicht auf eine so geringe Zahl von Zeugen zu beschränken ist, daß ihn ein Irrthum hinsichtlich des einen oder anderen beweisfällig machte. Auch kommt hier die Auswahl der zuzulassenden Zeugen dem Beweisführer zu, während sie bei der zuerst gedachten Art der Ausübung des Moderationsrechtes in der That dem Zufalle überlassen ist. Verdient nun aus den angegebenen Gründen diese letztere Art der Moderation entschieden den Vorzug, so ist sie auch in den Quellen begründet. Dies ist für das kanonische Recht deshalb nicht zu bezweifeln, weil die Beschränkung der zuzulassenden Zeugen, welche Innocenz III. für eine gegebene Rechtssache anordnete (cap. 37. X. II. 20.), nur von einer solchen Art der Ermäßigung verstanden werden kann, während eine Moderation, die nur dann eintreten soll, „quando producens probavit articulata", selbstverständlich von vornherein jene Zahlenbestimmung ausschließt. Unrichtig haben dagegen einzelne Processualisten[472]) auf Grund jener Decretale die Regel aufgestellt, daß der Richter bis vierzig, und nur vierzig Zeugen zuzulassen habe, da der Pabst hier keineswegs eine allgemeine Bestimmung hinsichtlich der zulässigen Zeugenzahl geben wollte, sondern nur für eine bestimmte Streitsache dem Bischoffe, bei welchem dieselbe anhängig war, die Gestattung einer größeren Zahl von Zeugen untersagte. Daher nahmen schon ältere Processualisten[473]) mit der Glosse an, daß hier Alles dem richterlichen Ermessen anheimgegeben

472) Böhmer l. c. Martin, Vorles. II, S. 68.
473) Farinacius l. c. nr. 115.

Digitized by Google

sei. Wenn dieselben aber den Richter anwiesen, „secundum magnitudinem causae et personarum qualitatem" die Zahl der zuzulassenden Zeugen zu bestimmen, so sind doch diese Gesichtspunkte keineswegs als maßgebend zu betrachten. Denn hat der Richter sein Moderationsrecht sofort nach erfolgtem Vorschlage einer übermäßigen Zahl von Zeugen auszuüben, so kann er offenbar die persönliche Qualification der Zeugen, welche ihm in der Regel, da der Beweisgegner mit seinen Beweiseinreden noch nicht gehört ist, unbekannt sein wird, dabei nicht berücksichtigen. Ebenso wenig kann hier aber die magnitudo causae in Betracht kommen, weil der Werth des Streitgegenstandes in keiner Beziehung zur größeren oder geringeren Schwierigkeit des Beweises steht, welche der Natur der Sache nach zunächst bei der Bestimmung der Zahl der zuzulassenden Zeugen maaßgebend ist. Vielmehr ist es ohne Zweifel vor allem der Beweissatz selbst, auf welchen der Richter bei Ausübung seines Moderationsrechtes Rücksicht zu nehmen hat, indem derselbe namentlich zum Beweise eines zusammengesetzten Verhältnisses, z. B. unordentlicher Rechtsausübung, eine größere Zahl von Zeugen, als zum Beweise eines einfachen thatsächlichen Umstandes, wie einer Darlehnshingabe, zuzulassen haben wird. Indessen können selbstverständlich bezüglich der Momente, welche geeignet sein möchten, hier das richterliche Ermessen zu bestimmen, feste Regeln nicht aufgestellt werden, sowie sich auch aus dem Obigen ergiebt, daß der Richter die Ermäßigung der Zahl der vorgeschlagenen Zeugen entweder schlechtweg oder für den Fall eines von ihm auferlegten speciellen Gefährdeeides verfügen kann. Neuere Particulargesetze enthalten hinsichtlich der Abhörung der vom Beweisführer vorgeschlagenen übermäßigen Zeugenzahl Beschränkungen[474]), welche bei dem Beweise einfacher Thatsachen sich rechtfertigen, bei dem Beweise zusammengesetzter Verhältnisse aber, wie z. B. der unvordenklichen Verjährung, dem Beweisführer oder auch dem Gegenbeweisführer zur großen Beschwerde gereichen können.

2) Productionsverfahren. a) Verfahren über die Zulässigkeit der Beweisantretung. Rücksichtlich der Einwendungen des Producten gegen die Beweisantretung gelten die allgemeinen Grundsätze. Derselbe prüft daher auch hier die Beobachtung der Beweisfrist, die Zulässigkeit der Zeugen überhaupt, und der vorgeschlagenen insbesondre[475]) und der Artikel, und bringt in dieser Beziehung die nöthigen Einwendungen vor; was ihm selbst dann freisteht, wenn ihm auch blos nachgelassen wurde, Fragstücke einzureichen. Sind diese Einwendungen so erheblich und liquid, daß in deren Folge die

474) So gestatten das Weim. Proceßgesetz v. 28. Mai 1857 Art. 13 und das Rudolst. Proceßges. v. 12. Nov. 1858 §. 22 dem Beweisführer zwar, mehr als fünf Zeugen über denselben Thatumstand vorzuschlagen, wollen aber die Kosten der Abhörung der über die Zahl fünf vorgeschlagenen Zeugen stets vom Producenten, bei dem Gegenbeweise vom Reproducenten getragen wissen.

475) Cap. 19. X. II. 19. Cap. 31. X. II. 20. Cap. 1. X. II. 25.

Digitized by Google

ganze Beweisantretung verworfen werden kann, so kann sich der Product auf das Vorbringen dieser Einwendungen beschränken und hat an diese den sachgemäßen Antrag zu knüpfen. Wenn aber die Einwendungen rücksichtlich ihrer Erheblichkeit oder Liquidität zweifelhaft, oder nur gegen einzelne Zeugen gerichtet sind, so werden neben denselben in einem besonderen Schriftsatze die Fragstücke, mit dem Antrage, die Zeugen auch über diese zu vernehmen, überreicht. Auch kann der Product einen Notar, welcher bei dem Zeugenverhör gegenwärtig sein soll, vorschlagen und um dessen Zuziehung bitten[476]). Die Einwendungen wegen der Unerheblichkeit der Artikel können zwar hier vorgebracht, aber auch unbedenklich bis zum Hauptverfahren (in die Impugnationsschrift) verschoben werden, und es ist nicht einmal nothwendig, sich die Nachholung derselben jetzt wenigstens vorzubehalten[477]). Was die Einreden gegen die persönliche Fähigkeit und Glaubwürdigkeit der vorgeschlagenen Zeugen (exceptiones contra personas testium) betrifft, so kommt es darauf an, ob der Product zum Vorbringen derselben binnen einer bestimmten Frist peremtorisch aufgefordert worden ist[478]) oder nicht. Im ersten Falle müssen sie noch vor Ablauf der gesetzten Frist bei Vermeidung des Ausschlusses vorgebracht werden, und ein vom Producten geschehener Vorbehalt dieser Einreden, unter welchen er in die Vereidung und Abhörung der Zeugen willigt, ist bei einer solchen peremtorischen Auflage ohne allen Werth, indem ein dieser Auflage widerstreitender Vorbehalt nicht zu beachten ist, und, wenn sich der Product nicht erklärt hat, er trotz seines Vorbehaltes ausgeschlossen werden muß. Eine Ausnahme tritt nur bei solchen Einreden ein, deren Nichtbeachtung eine Nichtigkeit bewirken würde, oder welche erst später entstanden oder dem Producten erst später bekannt geworden sind[479]). Im zweiten Falle

476) Deputationsabsch. v. 1600 §. 130.

477) Bayer, ordent. Proc. §. 285.

478) Eine solche peremtorische Auflage, die Einreden gegen die Personen binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist bei Vermeidung des Ausschlusses vorzubringen, läßt sich nach den Grundsätzen des jüngsten Reichsabschiedes rechtfertigen. Denn was im §. 37 dieses Reichsgesetzes geordnet ist, daß Beklagter seine dilatorischen und peremtorischen Einreden gegen die Klage, alle auf einmal, bei Strafe der Präclusion vorbringen soll, kann analogisch auf die exceptiones contra personas testium bezogen werden, da auch letztere Einreden nach cap. 31. X. II. 20. der Präclusion durch die Publication der Zeugenaussagen unterliegen. Völker in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 14. S. 39. Diese peremtorische Auflage führt auch schneller zum Ziele. Der Richter erhält gleich von vorn herein von allem demjenigen Kenntniß, was der Glaubwürdigkeit der Zeugen entgegensteht. Das ganze Verfahren bekommt eine durch keinen Vorbehalt getrübte Sicherheit, und der Richter wird nun über die liquiden Einreden sofort erkennen, die illiquiden aber, wenn sie eine Unfähigkeit des Zeugen zum Gegenstande haben, nach cap. 7. X. II. 20. zum Beweise aussetzen, und diejenigen, wodurch die Zeugen nur verdächtig gemacht werden, dem Schlußverfahren vorbehalten.

479) Cap. 31. X. II. 20. (Innocenz III.): „Praesentium auctoritate statuimus, ut si quis post depositiones testium publicatas obiicere voluerit in personas

ſind die exceptiones contra personas testium bis zur Publication der Zeugenausſagen zuläſſig, und ſelbſt ſpäter noch, wenn der Product entweder 1) durch ein iuramentum malitiae bekräftigt, daß es nicht zur Chicane geſchehe, oder wenn er ſich 2) das Vorbringen ſolcher Einreden ſchon vor der Publication der Ausſagen allgemein vorbehalten hat [480]). Zwar halten Manche [481]) einen ſolchen Vorbehalt ohne ſpecielle Anführung der bekannten Einreden zu deren Erhaltung ſowohl nach der angezogenen kanoniſchen Geſetzſtelle, als nach der Beſtimmung des jüngſten Reichsabſchiedes „Alles auf einmal" für ungenügend. Allein aus cap. 31. X. II. 20. iſt eine ſolche Beſchränkung des allgemeinen Vorbehaltes nicht abzuleiten. Das Geſetz ſagt allgemein: „si quis obiicere voluerit in personas testium", und das nachfolgende „id" (fuerit protestatus) kann, weil es ſich hierauf bezieht, gleichfalls nur von einer allgemeinen Objection verſtanden werden. Vergleicht man hiermit den am Schluſſe beigefügten Zuſatz: „ceterum, cum quis personas testium se velle post publicationem depositionum repellere fuerit protestatus", ſo kann darüber, daß es ſich nur um eine allgemeine Proteſtation handele, kein Zweifel übrig bleiben. Die Beſtimmung des jüngſten Reichsabſchiedes „Alles auf einmal" kann aber auf dieſen hier und ausnahmsweiſe geſtatteten Vorbehalt nicht bezogen werden. Noch ſtehen mit dem Vorhergehenden zwei Fragen in Verbindung. 1) Nach welchen Regeln iſt zu verfahren, wenn durch die Vernehmung des Zeugen ſelbſt, durch deſſen Ausſage, eine in dem bisherigen Verfahren noch nicht angeregte Einrede zur Sprache kommt? 2) Was beweiſt die Ausſage des Zeugen in Hinſicht ſeiner eigenen Glaubwürdigkeit, inſofern er über perſönliche und ſolche Umſtände ausſagt, welche unter den Begriff der ſog. eigenen Handlungen fallen? [482]) Zu 1. Dieſer Fall iſt unbedenklich demjenigen gleichzuſtellen, wo der Product „ostendere poterit, quod post publicationem didicerit, quod obiicit in personas." Nur darüber könnte Zweifel entſtehen, ob der Product verbunden ſei, darzuthun, daß er vorher von dem in Frage ſtehenden Umſtande nichts gewußt habe, oder ob dieſes ohne weiteres mit der Ausſage des Zeugen anzunehmen ſei. Da die bisherigen Verhandlungen von dieſem Umſtande nichts enthalten und die Quelle, aus welcher das Novum entſpringt, klar dem Richter vorliegt, ſo iſt das letztere das Richtige. Behauptet aber der Producent, der Product habe abſichtlich geſchwiegen, ſo muß er

---

eorum, ei tunc tandem id liceat, cum iuramento firmaverit, quod ad hoc ex malitia non procedat, nisi forsan ante publicationem id fuerit protestatus, vel ostendere poterit, quod post publicationem didicerit, quod obiicit in personas. Ceterum, cum quis personas testium se velle post publicationem depositionum repellere fuerit protestatus, si quid pro ipso dixerint, de facili non credatur."

480) Cap. 31. X. cit.

481) Z. B. Linde, Civilproceß §. 266, N. 3. Vgl. dagegen Völker a. a. O. S. 37, 38.

482) Vgl. über beide Fragen Völker a. a. O. S. 40—42.

Digitized by Google

dieſes beweiſen. Zu 2. Nicht ſelten giebt der Zeuge ſelbſt Umſtände an, welche ſeiner Glaubwürdigkeit Abbruch thun, ihn entweder unfähig oder verdächtig erſcheinen laſſen, mag nun die daraus hervorgehende Einrede bekannt oder unbekannt, vorgeſchützt oder nicht vorgeſchützt, vorbehalten oder nicht vorbehalten geweſen ſein. Hier iſt die Frage von nicht geringem Intereſſe: was beweiſt eine ſolche Ausſage, iſt ſie Beweis an ſich, ſo daß der Product jeder weiteren Beweisführung überhoben iſt und dem Producenten nur der Gegenbeweis frei ſteht, oder muß der Product, wenn der Umſtand von dem Producenten beſtritten wird, nach wie vor förmlichen Beweis führen? Aus verſchiedenen Gründen könnte man das erſte anzunehmen geneigt ſein. Zieht man nämlich die hierher gehörigen Fälle in Betracht, ſo ergiebt ſich, daß ſie von dem eigentlichen Gegenſtande der Beweisführung, dem Beweisſatze, ſehr verſchieden ſind. Der Beweisſatz begreift einen anderen, für ſich beſtehenden Gegenſtand, von deſſen Beweiſe der Ausgang des Rechtsſtreites abhängig gemacht iſt. Er hat mit der Glaubwürdigkeit der Zeugen an und für ſich nichts gemein und die Zeugen, wenn ſie Thatſachen angeben, auf denen die letztere beruht, ſagen über etwas aus, was nicht Gegenſtand der Beweisführung iſt; ſie legen Bekenntniſſe über perſönliche Eigenſchaften und Verhältniſſe ab und hören inſoweit gewiſſermaßen auf, Zeugen zu ſein. Die Aehnlichkeit ſolcher Ausſagen, durch welche der Zeuge in vielen Fällen ſeiner eigenen Perſönlichkeit Abbruch thut, mit der Natur eines Geſtändniſſes iſt unverkennbar. Warum, kann man fragen, muß der Richter die perſönlichen Verhältniſſe der Zeugen von Amtswegen erforſchen, Unfähigkeiten von Amtswegen berückſichtigen, wenn die Angaben der Zeugen in dieſer Hinſicht nichts beweiſen ſollten? Man könnte der Ausſage des Zeugen hier umſomehr vollen Glauben beimeſſen wollen, als der Umſtand, worüber der Zeuge ausſagt, gar nicht zum Beweiſe ausgeſetzt, der Ausgang des Rechtsſtreites dadurch nicht bedingt iſt. Indeſſen iſt nicht zu läugnen, daß den Ausſagen der Zeugen auch in dieſen Fällen wenigſtens ein mittelbarer Einfluß auf den Ausgang des Rechtsſtreites beigelegt werden muß. Giebt nämlich der Zeuge Umſtände an, welche ihn unfähig machen und ſind ſie damit ſofort erwieſen, ſo wird der Producent dieſes Beweismittels verluſtig, während er ſonſt vermöge deſſelben möglicher Weiſe obgeſiegt haben würde. Nach den Grundſätzen der Verhandlungsmaxime, von dem beiderſeitigen Gehör, und nach den Grundregeln über den Beweis kann indeſſen der Ausſage einer einzelnen Perſon, welche nicht Partei iſt und über etwas ausſagt, was nicht Gegenſtand der Beweisführung iſt, eine ſo außerordentliche Wirkung nicht beigelegt werden. Daraus, daß ein Zeuge etwas äußert, in Anſehung deſſen er eigentlich nicht Zeuge iſt, folgt nicht, daß es ſofort bewieſen ſei. War der Umſtand, welchen der Zeuge angiebt, a) noch gar nicht bekannt, ſo muß der Producent darüber gehört werden und, wenn er ihn nicht zugiebt, ſo iſt er ein beſtrittener. Daſſelbe muß geſchehen, b) wenn die

Digitized by Google

Einreden allgemein vorbehalten sind, und c) wenn sie bereits ausdrücklich vorgeschützt, aber vorbehalten waren, ist ebenfalls der Charakter einer bestrittenen Thatsache vorherrschend. Ueber eine solche Thatsache kann aber die Aussage eines Dritten, wenn sie zunächst auch nur ihn selbst angeht, nach den angeführten Grundsätzen nicht entscheidend sein, obwohl man zugeben kann, daß, wenn sie demnächst selbst Gegenstand einer besonderen Beweisführung wird, der Product die bereits vorliegende Aussage benutzen kann.

b) Einreichung der Fragstücke[483]). So lange das gerichtliche Verfahren öffentlich war und die Zeugen in Gegenwart der Parteien vernommen wurden, hatte jede Partei das Recht, Erläuterungsfragen an dieselben zu stellen. So war es nach römischem Rechte auch noch unter Justinian[484]), nach altgermanischem und älterem kanonischen Rechte[485]). Als aber in der Folge, zuerst bei den geistlichen, dann auch bei den weltlichen Gerichten die geheime Zeugenvernehmung an die Stelle der öffentlichen trat und die Parteien nicht mehr dabei gegenwärtig sein durften, suchte man den bisherigen Einfluß und die Mitwirkung der Parteien bei diesem Acte dadurch zu ersetzen, daß man dem Beweisführer gestattete, schriftliche Artikel, seinem Gegner aber schriftliche Erläuterungsfragen zu überreichen, welche den Zeugen bei der Abhörung zur Beantwortung vorgelegt wurden. Die sog. Fragstücke (interrogatoria) sind demnach ein Surrogat der persönlichen Anwesenheit und Mitwirkung der Parteien bei der Zeugenvernehmung[486]). Sie sind Fragen, welche von dem Producten aufgestellt und bei dem Gericht, mit einem Präsentationsschreiben begleitet, eingereicht werden, damit dieselben von diesem den Zeugen, gleich den Artikeln, zur Beantwortung vorgelegt werden. Da nach älterem Rechte die Giltigkeit der Zeugenvernehmung durch die Gegenwart des Producten bedingt war[487]), so ist auch die Zulassung der Fragstücke als wesentlich zu betrachten; der Product hat daher ein vollkommenes Recht, solche Fragen zu stellen, und das Verfahren würde nichtig werden, wenn ihm dieses Recht nicht freigelassen oder von den eingereichten zulässigen Fragstücken kein Gebrauch gemacht worden wäre[488]). Der Product kann jedoch darauf Verzicht leisten, weil die Fragstücke nur zu seinem Vortheil eingeführt sind; der Verzicht kann entweder ein ausdrücklicher oder ein stillschweigender sein; letzterer liegt in der Versäumniß an der Einreichung der

---

483) Pöckel, de interrogatoriis 1704. Wachter, de interrogatoriis eorumque usu 1711. Beselin, Bemerkungen über die Interrogatorien beim Zeugenbeweise. 1816.

484) Spangenberg im Archiv f. civil. Praxis Bd. 6, S. 213 flg.

485) Maurer, Gesch. des altgerman. Gerichtsverfahrens §. 23, 71, 139. Mittermaier im Archiv f. civil. Praxis Bd. 5, S. 75.

486) Cap. 2. de testibus in VI. (II. 10.) Mittermaier a. a. O. S. 189.

487) Nov. 90. cap. 9. Cap. 2. 41. X. II. 20.

488) Linde in Zu-Rhein's Jahrb. Bd. 1, S. 25 flg.

Fragstücke binnen der dazu bestimmten Zeit. Es wird deshalb das Zeugenverhör nicht aufgeschoben, weil er etwa vor dem hierzu festgesetzten Termine die Fragstücke nicht überreicht hat. Man unterscheidet allgemeine und besondere Fragstücke (interrogatoria generalia und specialia). Jene beziehen sich auf die persönlichen Verhältnisse der Zeugen, auf die Ermittelung von Umständen, welche auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen überhaupt Einfluß haben, z. B. Stand, Alter, Lebensweise und überhaupt alle Umstände, welche einen Zeugen unfähig oder verdächtig machen. Diese reihen sich an die einzelnen Artikel an, und dienen theils dazu, eine klare und sich über Haupt- und Nebenumstände verbreitende Aussage über die einzelnen Artikel zu erhalten, theils dazu, die Glaubwürdigkeit der einzelnen Aussagen durch Erforschung des Grundes der Wissenschaft der Zeugen von den einzelnen Thatsachen prüfen zu können. Die allgemeinen Fragstücke werden, wie die Beweisartikel, unter fortlaufenden Nummern, gewöhnlich in indirecter Frageform aufgestellt. Nach Landesgesetzen sind oft die allgemeinen Fragstücke ganz überflüssig, weil es für alle Fälle vorgeschrieben ist, daß der Richter bestimmte allgemeine Fragen von Amtswegen stelle, und auch für das gemeine Recht können sie, wenigstens zum Theil, durch die Fragen, welche der Richter von Amtswegen bei der Zeugenvernehmung zu stellen befugt ist, ersetzt werden. Die besonderen Fragstücke werden zu den einzelnen Artikeln, zu welchen sie gehören, nummerirt, ebenfalls in indirecter Frageform gestellt und haben, eben weil sie den einzelnen Artikeln folgen, weder eine denominatio testium, noch ein Directorium, außer wenn nicht alle über den Artikel zu vernehmende Zeugen ebenfalls über die dazu gehörigen Fragstücke vernommen werden sollen. Unzulässig sind 1) alle auf ein Verbrechen des Zeugen gerichtete oder denselben beschimpfende Fragstücke (interrogatoria criminosa et quae turpitudinem respondentis continent)[489]; 2) verfängliche (interrogatoria captiosa); 3) solche, welche auf die Existenz einer Schuldverbindlichkeit des Zeugen gehen; 4) solche, welche blos die Artikel oder die eidliche Betheuerung wiederholen; 5) solche, welche auf die Führung des Gegenbeweises, sei es des directen oder des indirecten gerichtet sind (sog. gemeine Fragstücke, zur Sache, interrogatoria praeliminaria ad causam), weil dadurch der Producent sein Recht, in Betreff dieser Punkte Fragstücke zu stellen, verlieren würde[490]. Die Fragstücke werden nämlich nach gemeinem Processe dem Producenten nicht mitgetheilt und diesem wird nicht gestattet, Gegenfragstücke zu stellen; bei dem Gegenbeweise aber tritt der Product als Reproducent auf und muß als solcher Beweisartikel stellen, die dann allerdings dem Reproducten,

489) Jüngster Reichsabsch. §. 53: „Es sollen aber keine Interrogatoria criminosa, et quae turpitudinem respondentis continent, bei Straff nach Ermäßigung, gesetzet, weniger er, der Zeuge, darüber examinirt und angefragt werden."

490) Danz, ordentl. Proc. §. 286. Schmid, Civilproc. Bd. 2, §. 138.

Digitized by Google

um Fragstücke zu stellen, mitgetheilt werden müssen[491]). Die Mittheilung der Fragstücke an den Producenten vor der Vernehmung unterbleibt im gemeinen Processe deshalb, damit der Producent seine Zeugen nicht vorher davon unterrichten könne[492]).

c) Richterliche Prüfung der Beweiseinreden und Fragstücke. Der Richter prüft zunächst die von dem Producten gegen die Beweisantretung erhobenen Einwendungen und verwirft entweder dieselben ganz, wenn die Einwendungen erheblich genug und sofort liquid sind, oder verwirft umgekehrt die gemachten Einwendungen wegen ihrer Unerheblichkeit[493]), oder entscheidet darüber, wenn es sich von der Unfähigkeit eines Zeugen handelt, nach vorheriger Vernehmung des Producenten[494]), oder endlich behält die zweifelhaften oder wenigstens nicht sofort liquiden, oder nur einen Verdachtsgrund enthaltenden Einreden gegen die Personen der Zeugen zur künftigen weiteren Ausführung vor[495]), und verwirft daneben einzelne unzulässige Zeugen und Artikel[496]). Die eingereichten Fragstücke werden ebenfalls geprüft, die unzulässigen verworfen[497]), und dem Producenten das Präsentationsschreiben des Producten, womit dieser die Fragstücke eingereicht hat, nicht aber diese letzteren selbst[498]), abschriftlich mitgetheilt. Wenn nicht

---

491) Anders ist es nach Landesgesetzen. So werden z. B. nach den sächsischen Proceßordnungen die Fragstücke dem Producenten mitgetheilt, um seine Einwendungen dagegen vorbringen zu können, welche dann im Productionsverfahren, bei dem Gegenbeweise im Reproductionsverfahren, vorzubringen sind. Vgl. Heimbach, sächs. bürgerl. Proceß Bd. 1, §. 109.

492) Bayer, ordentl. Proceß §. 286.

493) Doch ist es zweckmäßiger, weil gegen die Verwerfung nach cap. 7. X. II. 20. Rechtsmittel zulässig sind, die Einwendungen, wenn deren Erheblichkeit irgend zweifelhaft ist, vorzubehalten. Uebrigens können die nicht ausdrücklich verworfenen auch ohne Vorbehalt durch den Richter noch ausgeführt werden; denn cap. 31. X. II. 20. spricht blos von dem Vorbehalte des Producten. Linde, Civilproc. §. 268, N. 3, 4.

494) Cap. 9. pr. X. II. 20. Wird ein Zeuge als unfähig vom Producten angefochten, so soll zwar nach dieser Stelle und nach cap. 7. X. II. 20. darüber ein Incidentverfahren eingeleitet, und vom Richter über die Einrede erkannt werden. Allein in der Praxis sieht man gewöhnlich darauf, ob die Einwendung schon jetzt vollkommen liquid ist oder nicht. Im ersten Falle wird der unfähige Zeuge sogleich verworfen, in Ansehung der übrigen aber das Verfahren fortgesetzt. Im zweiten Falle aber läßt man sich durch solche Einwendungen in dem weiteren Verfahren nicht hindern, sondern auch der angefochtene Zeuge wird vernommen und dem Producten die Ausführung seiner Einrede in dem Schlußverfahren vorbehalten. Bayer a. a. O. §. 285.

495) Vgl. Note 493.

496) Jüngster Reichsabsch. §. 50: „Den punctum probationum betreffend, soll ad probandum nichts zugelassen, oder von der Parthey zu probiren unternommen werden, was impertinent, unnothwendig, und worüber die Partheyen in facto nicht discrepiren und streitig seynd."

497) J. Reichsabsch. §. 53.

498) Linde a. a. O. §. 268, N. 7. Schmid, Civilproc. Bd. 2, §. 138. Bayer a. a. O. §. 286. Dagegen wollen Grolman, Proceß §. 192. Hefftter,

Digitized by Google

schon früher wegen Vorladung der Zeugen das Nöthige verfügt worden ist, so werden jetzt diese Verfügungen erlassen, den Zeugen aber weder die Beweisartikel, noch die Fragstücke mitgetheilt[499]). Nur bei Amtspersonen, wenn sie auf ihren Amtseid über eine in ihre öffentliche Function einschlagende Thatsache aussagen sollen, bedarf es keiner Vorladung, sondern es genügt, wenn ihnen Beweisartikel und Fragstücke mit der Auflage zugefertigt werden, dieselben auf ihre Amtspflicht schriftlich zu beantworten[500]).

d) Beweisaufnahme. Im Productionstermine erfolgt 1) die wirkliche Production, d. h. die persönliche Vorstellung der erschienenen Zeugen von Seiten des Producenten, mit welcher das Gesuch um Beeidigung und Abhörung derselben verbunden wird. Eine fingirte Production auch der nicht erschienenen Zeugen, gleich als wären sie gegenwärtig, zu fordern ist zwecklos; nur ein Gesuch um wiederholte Ladung derselben ist hier am Orte[501]). Nach geschehener Production folgt 2) die Beeidigung, welche in Gegenwart des Producenten und des Producten, und gewöhnlich, wenn auch nicht nothwendig, gleichzeitig mit allen Zeugen vorgenommen wird. Namentlich erfolgt die Beeidigung derjenigen Zeugen, welche nach einer besonderen Form beeidigt werden müssen, in der Regel abgesondert von den übrigen Zeugen. Die Gesetze haben eine bestimmte Formel des Zeugeneides vorgeschrieben[502]). 3) Nach der Beeidigung folgt das Zeugenverhör selbst. Dieses wird nach dem heutigen Gerichtsgebrauche in Abwesenheit der Parteien oder ihrer Stellvertreter vorgenommen. Während im altrömischen Processe, sowohl in Civilsachen als in Criminalsachen, die Parteien selbst ihre Zeugen vor Gericht führten, und Partei und Gegenpartei im öffentlichen Verfahren Fragen an die Zeugen richteten, ist es für die Kaiserzeit, namentlich für Justinian's Zeit, bestritten, ob nicht schon damals die Zeugen in Abwesenheit der Parteien vernommen wurden, oder ob vielmehr zu jener Zeit jenes altrömische Verfahren,

---

Civilproceß §. 380 dem Producenten die Fragstücke zur Kenntnißnahme mitgetheilt wissen.

499) Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 2, Nr. 53.

500) Schneider, vom Beweise §. 535.

501) Cap. 1. 2. X. II. 21. Particulargesetze verlangen dagegen auch die formelle Production als nothwendig, bei Verlust des Zeugenbeweises, z. B. manche sächsische Proceßgesetze. Vgl. Heimbach, sächs. Proceß Bd. 1, §. 109.

502) Nach cap. 5. X. II. 20. schwören die Zeugen: „se non privato odio, neque amicitia, neque pro aliquo commodo, quod habuerint, vel quod habent vel habituri sunt, ad hoc iurandum esse inductos." Nach der Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. I, Tit. 77 ist folgende Formel des Zeugeneides vorgeschrieben: „Ihr sollet schwören einen Eid zu Gott und auf das heilige Evangelium, daß ihr auf die Articul, im Recht zugelassen, und in der ganzen Sache zwischen N. und N. wollet sagen, vor beide Parteien, keiner zu lieb, noch zu leid, die Wahrheit, so euch davon wissend, ihr besinnet und gefragt werdet, zu sagen, und das nicht zu lassen, um einige Geschenk, Gab, Nutz, Gunst, Haß, Freundschaft, Furcht oder anders, wie Menschen-Sinn das erdenken möchte, ohn Gefährde."

wenigstens der Form nach, beibehalten wurde, ob mithin zu jener Zeit es üblich war, daß die Zeugen in Gegenwart der Parteien abgehört wurden, und die Parteien Erläuterungsfragen an die Zeugen stellen durften; endlich ob sie diese unmittelbar oder mittelbar durch das Organ des Richters zu stellen befugt waren[503]). Manche[504]) sind der Meinung, daß es schon unter den römischen Kaisern üblich gewesen sei, die Zeugen in Abwesenheit der Parteien zu vernehmen, wogegen Andere[505]) theils unter gewissen Beschränkungen zu beweisen versucht haben, daß jene altrömische Form auch unter der Kaiserregierung beobachtet worden, dagegen der heutige Gerichtsgebrauch erst aus dem Verfahren in den geistlichen Gerichten entsprungen sei und sich mit dem schriftlichen Verfahren in die weltlichen eingedrängt habe. Aber selbst diejenigen, welche der letzteren Ansicht sind, haben dieselbe nicht für unbestreitbar gehalten; namentlich zieht sich Glück mit den bedenklichen Worten aus der Sache: „Dem sei indessen, wie ihm wolle, so viel ist gewiß, daß der Gerichtsgebrauch hierin dem römischen Rechte nicht folgte;" und Mittermaier läßt es wenigstens durchaus unentschieden, ob jenes altrömische Zeugenverhör nicht blos der Form nach unter der Kaiserregierung beibehalten worden, ob es den Parteien noch verstattet gewesen, Erläuterungsfragen an die Zeugen zu stellen; ob endlich solche unmittelbar oder nur mittelbar durch das Organ des Richters zu stellen gewesen seien. Die Hauptstelle, auf welche sich diejenigen stützen, welche das Dasein des heutigen Gerichtsgebrauches aus dem römischen Rechte, sowie solches zur Zeit der Kaiserregierung bestand, selbst ableiten, ist in folgenden Worten der L. 14. C. LV. 20. enthalten: „praecipimus, omnes, qui in civili scilicet causa suum praebent testimonium, separato ... ita iudicantis secretum intrare, ut, quicunque aures eius offenderint, non dubitent, sibimet formidandum." Es ist aber schon von Gundling klar bewiesen worden, daß diese Worte nichts weniger, als die Deutung haben können, jeder Zeuge sei, in Abwesenheit der Parteien, von dem Richter geheim zu vernehmen, sondern daß vielmehr der Ausdruck „secretum iudicantis" nichts anderes, als das Gericht oder den Gerichtsort bezeichne, und daß die Tendenz der ganzen Verordnung des Kaisers Zeno hauptsächlich dahin gehe, daß jeder Richter, welcher die Zeugen verhört, die Macht haben solle, dieselben, wenn sie des falschen Zeugnisses überwiesen sind, zu bestrafen, ohne daß die Zeu-

---

503) Vergl. darüber Spangenberg im Archiv für civil. Praxis Bd. 6, S. 213 flg.

504) So die Glosse; ferner Dion. Gothofredus ad L. 14. C. IV. 20. I. H. Böhmer, Introd. in ius Digest. Lib. 22. Tit. 5. §. 19. Wernher, Lectissimae commentationes in Pand. Lib. 22. Tit. 5. §. 20.

505) Gundling, de clandestino testium examine (Gundlingiana St. IX. Nr. IV, S. 373 flg.) Heineccius, Synt. antiquitat. Roman. Lib. IV. Tit. 17. §. 10. Glück Bd. 22, S. 201 flg. Mittermaier im Archiv f. civil. Praxis Bd. 5, S. 71 flg.

Digitized by Google

gen sich mit der praescriptio fori oder exceptio privilegii fori sollten schützen können. Dagegen bezieht sich aber Wernher vorzüglich auf Nov. 90. cap. 4., welche seiner Ansicht nach seine Meinung, daß schon im neueren römischen Processe das Zeugenverhör geheim gewesen sei, unumstößlich begründen soll. Weil nämlich dort verfügt worden sei, daß Niemand, nachdem er einmal Zeugen vorgeführt habe und von deren Aussage in Kenntniß gesetzt worden sei, neue Zeugen vorführen solle, wenn er nicht zuvor eidlich erhärte, daß er die früheren Zeugenaussagen nicht kenne, und von diesen neuen Zeugen vorher keine Wissenschaft gehabt habe; so folge daraus ganz natürlich, daß jene ersteren Zeugen nicht in Gegenwart des Beweisführers vernommen worden seien, da sonst jener Eid auf eine absurde Weise verfügt worden sei, indem auf jeden Fall der Beweisführer, wenn es ihm verstattet gewesen wäre, bei der Vernehmung der Zeugen gegenwärtig zu sein, deren Aussagen hätte erfahren müssen. Allein aus jenem Capitel 4 der Novelle 90 läßt sich eher das Gegentheil dieser Meinung erweisen. Denn daselbst wird nur gesagt, daß dem Beweisführer keine vierte Zeugenproduction gestattet werden solle, weil Verdacht vorliege, daß er, wenn die früheren Zeugen etwas weggelassen hätten und dies durch die Aussagen schon kund geworden wäre, nicht eine neue Zeugenproduction, sondern entweder einen Zusatz zu demjenigen, worauf sich die frühere Aussage nicht erstreckt hat, oder eine Verbesserung dessen, worüber die Aussage erstattet worden ist, beabsichtige. Dieser Grund setzt nothwendig voraus, daß die Vernehmung der Zeugen in Gegenwart des Beweisführers geschehen sei; denn woher sollte er sonst von den Zeugenaussagen Kenntniß haben? Noch näher ergiebt sich dies aus folgenden Worten der Stelle: „*Εἰ δὲ ὁ παραγαγὼν μὲν οὐκ ἐκλάβοι, οὐδὲ ἐντύχοι ταῖς μαρτυρίαις οὐδὲ αὐτός, οὐδέ τις τῶν συνηγόρων αὐτοῦ, ὁ δὲ ἀντιτεταγμένος ἐκλάβοι μόνος, καὶ ποιήσοιτο παραγραφάς, οὐ μὴν ταύτας ἐκδοίη τῷ τρὶς ἤδη ποιησαμένῳ τὴν τῶν μαρτύρων πάροδον, ὥστε μὴ διὰ τῶν παραγραφῶν μαθόντα τὸν τούτους παραγαγόντα τὰ ἐλλείποντα ταῖς μαρτυρίαις ταύτοις προσθεῖναι, τηνικαῦτα δοτέον καὶ τετάρτην παραγωγὴν μαρτύρων τῷ ταύτην αἰτοῦντι, πρότερον ὅρκου διδομένου παρ' αὐτοῦ, ὡς οὔτε ἐξείληφεν, οὐδὲ ἐνέτυχε ταῖς μαρτυρίαις οὐδὲ αὐτὸς, οὐδέ τις ἢ συνήγορος, ἢ ὅλως ὑπὲρ αὐτοῦ πράττων, οὔτε κατά τινα δόλον, οὐδὲ μηχανήν, οὐδὲ τέχνην τὴν τετάρτην παραγωγὴν αἰτεῖ ποιήσασθαι τῶν μαρτύρων, ἀλλὰ διὰ τὸ μὴ δυνηθῆναι πρότερον τοῖς ἐπαγγελλομένοις χρήσασθαι μαρτυρίαις.*“ Die von Wernher gerügte Absurdität des hier geordneten Eides fällt durch die sich auf Capitel 9 der gedachten Novelle gründende Bemerkung, daß es häufig geschah, daß der Beweisführer, nachdem er Zeugen producirt hatte und zu dem Vernehmungstermine vorgeladen war, in demselben außenblieb, und dessenungechtet die vorgeladenen Zeugen blos in Gegenwart des Producten abgehört wurden, so daß er also dreist eidlich erhärten konnte, er habe keine Wissenschaft von den Aussagen seiner abgehörten Zeugen

Digitized by Google

erlangt[506]). Abgesehen davon, daß schon mehrere Coderstellen, welche jünger sind, als die L. 14. C. IV. 20. ganz bestimmt von der Vernehmung der Zeugen in Gegenwart der Parteien reden[507]), giebt Nov. 90. cap. 9. eine Vorschrift über das Verfahren bei den Zeugenverhören und zugleich den bündigsten Beweis, daß die Zeugenvernehmung in Gegenwart der Parteien geschah und geschehen mußte[508]). Die Aussagen der Zeugen waren nach der darin enthaltenen ausdrücklichen Bestimmung gegen diejenige Partei, welche nicht bei dem Verhör gegenwärtig war, sogar ohne Beweiskraft, „ὥστε ἐκ τοῦ κατὰ μίαν μοῖραν δίδοσθαι τὰς μαρτυρίας κατ' αὐτο τοῦτο ἀχρήστους εἶναι.“ Da sich jedoch Parteien zur Verschleppung des Processes des Mittels bedienten, sich bei der Zeugenvernehmung zu entfernen, um dadurch die Beweiskraft der Zeugenaussagen gegen sich aufzuheben und den Producenten zu einer zweiten und dritten oder gar zu einer vierten Production von Zeugen zu nöthigen; so bestimmte der Kaiser, daß jene Zeugenaussagen dessenungeachtet beweisende Kraft haben sollten, wenn sie nur in Gegenwart Einer Partei vorgenommen worden seien, und sich der Gegner ohne hinlänglichen Grund während der Abhörung derselben entfernt habe, sobald er nur gehörig vorgeladen worden sei. Die Zeugenaussagen hatten in diesem Falle vollkommene Beweiskraft gegen ihn und

---

506) Diese Auslegung Spangenberg's tadelt Linde in der Zeitschrift Bd. 11, S. 141 als irrig, indem er behauptet, daß die Zeugenvernehmung immer im Beisein des Producenten habe geschehen müssen. Allein die Worte der L. 19. C. IV. 20.: „et alterutra parte praesente, quae eos introducit, testimonia eorum capere sind nicht nothwendig auf den Producenten zu beziehen; sonst könnte es nicht heißen: „alterutra parte praesente“, sondern müßte heißen: „ea parte praesente, quae eos introducit.“

507) L. 19. C. IV. 20., wo Justinian die Richter anweist „et alterutra parte cessante et minime eos observare volente, si per executores admoniti venire voluerint, testes accipere, et alterutra parte praesente, quae eos introducit, testimonia eorum capere.“ L. 18. C. IV. 21., wo derselbe Kaiser verordnet:. „iudices ut possint, si hoc perspexerint, occasione testium in aliis locis degentium litigantes vel procuratores eorum ibi destinare, ut, depositionibus sub utriusque partis praesentia factis, res ad eos referatur.“

508) Nov. 90. cap. 9.: „... *καὶ ἵνα μὴ ὕστερον ἀντιπαθείη αὐτοῖς, ὡς κατὰ μίαν μοῖραν τὰ πεπραγμένα* (nämlich die Zeugenvernehmung) *συνέστη, δεῖ κἀκεῖνον ἐν αὐτῇ τῇ πόλει καθεστῶτα, ἔνθα αἱ μαρτυρίαι δίδονται, ὑπομνησθέντα παρὰ τοῦ ἄρχοντος ἢ τοῦ ἐκδίκου παραγενέσθαι καὶ ἀκοῦσαι τῶν μαρτυριῶν. εἰ δὲ μὴ βουληθείη παραγενέσθαι, ἀλλὰ διαπτύσειεν, ὥστε ἐκ τοῦ κατὰ μίαν μοίραν δίδοσθαι τὰς μαρτυρίας κατ' αὐτὸ τοῦτο ἀχρήστους εἶναι, θεσπίζομεν, τὰς τοιαύτας μαρτυρίας οὕτω κρατεῖν, ὡς ἂν εἰ μὴ μονομερεῖς ἐτύγχανον οὖσαι, ἀλλὰ καὶ παρόντος αὐτοῦ ἐγεγόνεισαν. εἰ γὰρ παραιτήσοιτο, καὶ ἐλθεῖν μὴ βουληθείη καὶ ἀκοῦσαι τῶν κατατιθεμένων, καίτοι δημυσιεύων τε καὶ οὐκ ἐξ ἀπαραιτήτου τινὸς ἀνάγκης ἀφικέσθαι μὴ δυνάμενος, ἐν ἴσῳ τοῖς παραγενομένοις ἔσται, καὶ οὐδὲν ὄφελος ἐκ τῆς αὐτοῦ προπετείας αὐτῷ γενήσεται, ἀλλὰ δοκείτωσαν μὲν συστάδην γεγονῦαι, ὅσα δὲ ἂν ἁρμόσειεν αὐτῷ παραγράφεσθει περὶ αὐτῶν, ἐξεῖναι τούταις χρῆσθαι, μόνου τοῦ δοκεῖν αὐτὰς εἶναι μονομερεῖς (διὰ τὴν αὐτοῦ προπέτειαν, οἷα δὴ κατ' αὐθάδειαν μὴ παραγενομένου) ταῖς μαρτυρίαις ἀντιτίθεσθαι μὴ δυναμένου.*“

Digitized by Google

es blieb ihm nur frei, seine Einreden gegen die Person und die Aussage der Zeugen vorzubringen. Der Bestimmung der Novelle gegenüber, nach welcher die Zeugenvernehmung in Gegenwart der Parteien geschehen mußte, erscheinen alle Gegengründe der Gegner ohne Gewicht, und namentlich ist es ein vergebliches Bemühen, die Uebereinstimmung der angeführten Coderstellen (L. 19. C. IV. 20. L. 18. C. IV. 21.) mit der Novelle hinsichtlich des zu Justinian's Zeit bei der Zeugenvernehmung beobachteten Verfahrens dadurch aufzuheben, daß man jene Constitutionen nach der Auslegung der Glosse blos von der Beeidigung der Zeugen in Gegenwart der Parteien, bald von der Publication der Zeugenaussagen verstehen will; Erklärungen, welche mit den klaren Worten jener Gesetzstellen im Widerspruche stehen. Die Zeugenvernehmung in Gegenwart der Parteien dauerte unter Justinian nicht blos fort, sondern es stand zu dieser Zeit den Parteien auch frei, Erläuterungsfragen an die Zeugen, und zwar unmittelbar, nicht blos durch das Organ des vernehmenden Richters, zu richten. Dies erhellt aus einer auf Papyrus geschriebenen, in dem erzbischöflichen Archiv zu Ravenna aufbewahrten Urkunde vom J. 557 [509]). Diese Urkunde, welche ein Protocoll über eine Zeugenvernehmung enthält, bietet außerdem, daß sie beweist, daß die Parteien unmittelbar Erläuterungsfragen an die Zeugen richten durften, auch noch eine andere Erläuterung über die Vernehmung der Zeugen dar, wodurch gleichfalls die Stellung von Erläuterungsfragen nothwendig wurde. Es ergiebt sich nämlich daraus, daß die Zeugen nicht über Fragen oder Punkte vernommen wurden, sondern, wenn sie von der Partei vorgeführt waren, den ganzen Hergang der Sache oder den Inhalt ihrer Kunde mittelst eines zusammenhängenden Vortrages in der ersten Person erzählten, und daß diese Erzählung, wie sie gegeben worden war, niedergeschrieben wurde, ohne daß sich der Gerichtsschreiber eines relativen Styls bedienen durfte. Die Zeugen wurden auch nicht so vernommen, wie heutzutage, daß jeder einzeln abgehört wurde [510]). Wenn nun aber auch die heutzutage übliche geheime Vernehmung der Zeugen in Abwesenheit der Parteien aus dem römischen Rechte durchaus nicht zu rechtfertigen ist, so soll doch das bei den geistlichen Gerichten ausgebildete geheime Verfahren auch auf die Form der Zeugenvernehmung eingewirkt haben [511]).

---

509) Zuerst herausgegeben in Marini, Papiri diplomatici nr. 140. p. 206 sq. und dann in Spangenberg, Iuris Romani tabulae negotiorum solennium (Lips. 1822.) p. 304—306., auch von Spangenberg im Archiv f. civil. Praxis Bd. 6, S. 222, 223.

510) Unrichtig ist es aber, wenn Spangenberg im Archiv Bd. 6, S. 215, N. 11 in der L. 9. §. 1. C. IV. 20. von Constantin das Verbot finden will, daß jeder Zeugen einzeln vorzuführen sei; vielmehr ist darin nur gesagt, daß nicht das Zeugniß eines einzigen Zeugen zugelassen werden solle.

511) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 74 flg. S. dagegen Dühn im Archiv Bd. 42, S. 31, N. 28.

Digitized by Google

Es ist unrichtig, wenn Mittermaier[512]) das geheime Zeugenverhör hinsichtlich seines Ursprunges auf ein Mißverständniß der L. 14. C. IV. 20., auf den Uebergang dieses Irrthums in das kanonische Recht zurückführt und auch noch die Analogie des Beichtvaters, welcher mit dem Beichtkinde allein sei, zu Hilfe nimmt. Die Worte der L. 14. C. cit., welche schon angeführt worden sind als diejenigen, welche das Mißverständniß erzeugt haben sollen, sind in der That wenig geeignet, bei Leuten, welche das Corpus iuris so genau kannten, wie die Glossatoren jener älteren Zeit, in welcher das geheime Zeugenverhör entstanden ist, einen solchen Irrthum zu erzeugen. Daß das in dieser Stelle erwähnte secretum iudicantis den Gerichtsort bedeute, konnten die Glossatoren aus anderen Stellen des Corpus iuris[513]) selbst ersehen. Auch findet sich in der Glosse zu L. 14. C. cit. keine Spur jenes Irrthums, und aus den Erörterungen über die bei den Glossatoren und den italienischen Processualisten des Mittelalters vielfach erörterte Streitfrage über die Voraussetzungen, unter welchen eine mehrfache Production von Zeugen zulässig sei[514]), geht klar hervor, daß sie recht gut wußten, daß nach römischem Rechte die Parteien bei dem Zeugenverhör gegenwärtig sein durften. Dazu kommt noch die ganz bestimmte Aeußerung von Placentinus[515]), daß das geheime Zeugenverhör „non per leges" eingeführt sei. Dieser starb im J. 1192[516]). Wenige Jahre nachher schrieb Pillius sein Werk de ordine iudiciorum[517]). In Gratian's Decret, welches um 1140 vollendet wurde und blos das damals geltende Recht, mit Ausscheidung alles Veralteten, darstellen sollte, findet man noch die Vornahme des Zeugenverhörs in Gegenwart des Producten als unbedingte Regel angegeben[518]). Noch in einer Decretale des Pabstes Lucius III., welcher 1181 den päbstlichen Stuhl bestieg, wird es zur Giltigkeit des Zeugenverhöres nothwendig vorausgesetzt, daß der Product

---

512) Im Archiv Bd. 5, S. 202. Vgl. dagegen Duhn in demselben Archiv Bd. 42, S. 25 flg.

513) L. ult. C. III. 24. L. 3. C. I. 48. L. 2. C. XII. 19.

514) Vgl. Haenel, Dissensiones Dominorum p. 228—230. — Pillius, de ordine iudiciorum P. III. §. 9. sagt: „Secundum hoc itaque videtur, quod litigator possit interesse depositionibus suorum testium et eas audire, et non prohibeatur testes adhuc producere; arg. L. 27. §. 7. D. ad L. Iuliam de adulteriis. L. 18. D. de fide instrumentorum — Nov. 90. cap. 9. — Verum omissis nunc omnibus, quae a legum doctoribus in hoc casu scripta reperiuntur, istud obtinet hodie, quod testes iurant sub praesentia utriusque partis, et attestationes non audiuntur, nisi cum fuerit productionibus renunciatum et attestationes fuerint a iudice postea publicatae."

515) Summa in Codicem. Mogunt. 1536. p. 152 s. f. Die Stelle ist auch abgedruckt bei Bergmann, Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine p. 237. not. 17.

516) Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. 4, S. 217.

517) Bergmann, Vorrede zu der vorher erwähnten Ausgabe S. XVI.

518) Can. 7. §. 3. Causa 2. qu. 1. verb.: „si eo praesente, qui accusatus est, sub iureiurando contra eum testimonium dictum est."

geladen werde: „quod ad testes audiendos vadat, vel mittat intra terminum competentem[519]). Wie es zu erklären sei, daß dennoch jene beiden Schriftsteller, welche gleichzeitig oder wenige Jahre später geschrieben haben, des geheimen Zeugenverhöres als einer wenigstens factischen Regel gedenken, ist später zu erwähnen. Beide kennen erwiesenermaßen schon das geheime Zeugenverhör als übliche Form und leiten es nicht nur nicht aus dem römischen Recht ab, sondern sind sich auch des Widerspruches dieser Form mit dem römischen Rechte wohl bewußt. Spätere Schriftsteller freilich, namentlich die Glosse zum Corpus iuris canonici[520]), Tancred[521]) und Durantis[522]) sprechen außer einem anderen noch zu erwähnenden Entstehungsgrunde auch von der L. 14. C. IV. 20., was dann jene gangbare Meinung erzeugt hat, daß das geheime Zeugenverhör durch ein Mißverständniß dieser Stelle entstanden sei. Fragt mag nach den wirklichen Entstehungsgründen des geheimen Zeugenverhörs, so kann man bei dem Mangel eines bestimmten Zeugnisses nur durch Vermuthung auf deren Spur kommen, wobei es indessen an Stützpunkten nicht gänzlich fehlt. Verschiedene Momente scheinen für die Ausbildung des ganzen Verfahrens zusammen gewirkt zu haben. a) Zunächst hat man wohl die Heimlichkeit des Zeugenverhörs als eine im Interesse des Producenten selbst anzuwendende processualische Cautel betrachtet, um ihnen nämlich die Möglichkeit einer weiteren Production von Zeugen nicht zu verkümmern. Die Bestimmung der Nov. 90. cap. 5., wonach eine vierte Production von Zeugen dann zulässig sein soll, wenn der Producent schwört, daß weder er selbst, noch sein Sachwalter von den Aussagen der früheren Zeugen etwas er-

---

519) Cap. 3. X. III. 22. Die Glosse bezieht die im Texte hervorgehobenen Worte auf eine Ladung zur Beeidigung der Zeugen oder zur Eröffnung ihrer Aussagen. Dadurch wird aber etwas in die Stelle hineingetragen, wovon deren Worte nichts sagen und was auch in den Zusammenhang nicht paßt. Schon Gonzalez Tellez, Comm. ad cap. 2. X. II. 20. hat dargethan, daß hier nur eine Ladung zur Gegenwart bei dem Zeugenverhör gemeint sein könne.

520) Die Hauptstelle dieser Glosse, worauf alle anderen zurückweisen, ist die zu cap. 52. X. II. 20. ad verb. „examinare sigillatim." Sie lautet so: „Secrete enim sive sigillatim testes examinandi sunt (arg. L. 14. C. de testibus, cap. 21. X. de accusationibus); sic etiam vota canonicorum in electionibus faciendis inquirenda sunt secrete (cap. 42. X. de electione) sicut Daniel secreto et separatim examinavit illos sacerdotes, qui accusabant Susannam. Et ideo examinandi secreto, et separatim: quia unus instrueret alium, et sequeretur dictum alterius: et ita non posset falsitas eorum facile deprehendi: sic etiam in praesentia quis debet solus suo sacerdoti confiteri peccata." Hier finden sich die beiden Momente, welche Mittermaier für die unfehlbaren Entstehungsgründe ausgiebt, aber untermischt mit anderen, welche eben zeigen, daß alle diese Citate und Analogien nur Colorirung sind.

521) De ordine iudiciorum P. III. Tit. 9. §. 2. (ed. Bergmann p. 237). Auch hier wird die L. 14. C. de testibus nur als Analogie angeführt und als eigentlicher Entstehungsgrund etwas Anderes angegeben.

522) Speculum iuris Lib. I. P. IV. §. 7. init. Auch hier erscheint die L. 14. C. de testibus erst in vierter Linie als bloße Colorirung.

Digitized by Google

fahren habe, beweist freilich nicht, daß schon das neueste römische Recht die Heimlichkeit des Zeugenverhörs vorgeschrieben habe. So viel geht aber doch immerhin aus jener Bestimmung hervor, daß darnach eine Befragung der Zeugen durch die Parteien selbst nicht mehr, wie nach dem Digestenrechte[523]), unbedingte Regel war, wie denn überhaupt in der späteren Kaiserzeit die Thätigkeit des Richters bei der Zeugenvernehmung mehr an die Stelle des früheren Kreuzverhörs durch die Parteien tritt[524]). Von historischer Richtung findet sich bei den Glossatoren bekanntlich keine Spur. Solche verschiedene Aussprüche der Rechtsquellen, deren richtiges Verständniß durch die Würdigung ihres historischen Zusammenhanges bedingt ist, machten ihnen daher viel zu schaffen. Die Frage, wie die erwähnte Voraussetzung einer vierten Production von Zeugen mit der Zulässigkeit einer Anwesenheit der Parteien bei dem Zeugenverhör sich vereinigen lasse, wurde unter ihnen Gegenstand einer lebhaften Controverse, worüber es nach der von Hänel herausgegebenen, aus dem Ende des zwölften Jahrhunderts (vgl. Praefatio p. XV.) stammenden Collectio Codicis Chisiani der Dissensiones Dominorum nicht weniger als fünf verschiedene Meinungen gab[525]). Während es nach den drei ersten Meinungen darauf ankommen sollte, ob schon ein Beschluß zum Urtheil, ob ein Verzicht auf weitere Zeugenvernehmung stattgefunden habe, ob von wiederholter Vernehmung der schon früher abgehörten Zeugen die Rede sei, wird der Inhalt der vierten und fünften Meinung in folgender Weise angegeben: „Alii dicunt, interesse, utrum in iudicium testes quis producat, an non; nam si in iudicio, eorum testimonia partibus praesentibus, sed testificata ignorantibus, recipiantur et nulli ex litigantibus edantur, ne, quando forsan egeat aliis testibus causae natura, excludatur propter editionem testium adiectio, ut in Nov. 90. c. 8. Si vero non in iudicio, sed ante forte quam inchoetur, testes ab aliquo producantur, et eorum testimonium recipiatur et in actis redigatur, quia timetur forsan, ne moriantur vel recedant utraque parte praesente vel contumaciter absente, et attestationes audiantur et testimonium feratur, ut in Nov. 90. c. 8. Quoniam vero. Alii dicunt, quod melius est, qui didicerit testificata suorum testium per iudicem vel per disputationem, nec eos, nec alios producere testes ei licebit, nisi ad improbandas testium adversarii depositiones, ut in Nov. 90. c. 4. et c. 8. Si vero alio modo et non per iudices suorum testium testimonium didicerint, forte per eosdem testes, minime nocet ei ad aliorum testium productionem.“ Mit dieser letzten gebilligten Meinung stimmt es überein, daß Tancred, dessen Werk in den Jahren 1214 bis 1234 entstanden ist (vgl. die Vorrede der Bergmann'schen Ausgabe p. IV—VIII.), der richterlichen

523) Vgl. L. 27. §. 7. D. 48. 5.
524) Vgl. Rau im Archiv f. civil. Praxis Bd. 38, S. 232.
525) S. Haenel, Dissensiones Dominorum p. 228—230.

Ermahnung an die Zeugen, über ihre Aussagen vorläufig zu schweigen, nur als einer rechtlich nicht nothwendigen, blos nützlichen Cautel gedenkt[526]). Doch zeigt die Zusammenstellung dieser Cautel mit anderen, die Glaubwürdigkeit der Zeugen betreffenden, daß man damals schon die Heimlichkeit des Zeugenverhörs mit dem Gedanken an die Glaubwürdigkeit der Zeugen in Verbindung brachte. Noch ein Zeugniß für die Wirksamkeit des Gesichtspunktes der im Interesse des Producenten zu beachtenden processualischen Cautel, ist eine Stelle der Glosse zu can. 7. §. 3. Causa 2. qu. 1., welche so lautet: „Ego credo, quod quaecunque pars velit interesse interrogationibus, quod potest, quia partes melius noverunt quaerere omnes circumstantias: et hoc probatur L. 27. §. 7. D. ad L. Iuliam de adulteriis. Sed hoc sciant partes, quod quaecunque pars semel interfuit, a modo non potest alios testes producere super illo articulo, ut c. 17. X. de testibus, in Nov. 90. §. Quia vero col. 7." Diese Stelle trägt die Sigle: Ioan. Wahrscheinlich ist der als berühmter Kanonist und Glossator des Decretes bekannte Ioannes Teutonicus gemeint, welcher auch von Durantis mit Accursius als Vertreter der in dieser Glosse ausgedrückten Meinung genannt wird. Da er ein Schüler des Azo war, so fällt seine schriftstellerische Thätigkeit in die erste Hälfte des 13. Jahrhunderts. Zu dieser Rücksicht auf das processualische Interesse der Producenten, welche deren Anwälte ohne Zweifel oft bewogen hat, auf Heimlichkeit des Zeugenverhörs anzutragen, kam b) der Gedanke, daß durch geheime Befragung jedes einzelnen Zeugen die Wahrheit besser an den Tag komme. Dieser Gedanke tritt hervor zu einer Zeit, wo man bei den geistlichen Gerichten noch Oeffentlichkeit des Verfahrens kannte. Schon oben ist der Meinung Mittermaier's, welche auch noch Viele mit demselben theilen, gedacht worden, daß die Entstehung des geheimen Zeugenverhörs eine Folge der Ausbildung des geheimen Verfahrens bei den geistlichen Gerichten gewesen sei. Diese Meinung steht im Widerspruche mit folgenden von Duhn angeführten Thatsachen. Pillius, welcher vor Innocenz III. schrieb, kennt nach dem früher Bemerkten schon das geheime Zeugenverhör, und Placentinus, welcher schon vorher gestorben war, hat dafür einen Grund angegeben, welcher auf den unter b. angegebenen Gedanken hinausläuft. Von Innocenz III. ist aber eine Decretale (cap. 43. X. II. 20.) vorhanden, in welcher bestimmt wird, daß über den Inhalt eines von einem geistlichen Gerichte gefällten, nicht schriftlich verfaßten Urtheils Zeugen vernommen werden sollen; und dies setzt eben voraus, daß jenes Urtheil

526) Ordo iudiciarius, P. III. Tit. 9. §. 1. c. f.: „Moderni quippe iudices hoc addunt ad cautelam: quod ita dicent, veritatem, sicut sciunt, quia quod sciunt per visum, dicent de visu, et quod per auditum, dicent de auditu; nec dicent de credulitate, quod sciunt pro certo, vel e contra; et quod non manifestabunt partibus dictum suum, donec publicabitur. — Et licet haec per iura non probent, satis bona cautela videtur."

Digitized by Google

in Gegenwart unbetheiligter Zuhörer, also öffentlich gefällt worden sei. Auch fehlt es nicht an anderen Zeugnissen, daß in jener Zeit das Verfahren bei den geistlichen Gerichten öffentlich war[527]). Die im J. 1215 von Innocenz III. angeordnete schriftliche Aufzeichnung (cap. 11. X. II. 19.) aller gerichtlichen Vorgänge wurde eingeschärft durch Androhung von Strafen für den darin säumigen Richter, was eben zeigt, daß hier die in einer bestehenden Gewohnheit liegende Widerstandskraft zu überwinden war. — Es fragt sich nun, wie es möglich gewesen sei, daß man bei sonst bestehendem öffentlichen Verfahren auf den unter b. bemerkten Gedanken kommen konnte, der Wahrheit besser durch geheime Vernehmung der Zeugen auf die Spur zu kommen, und wodurch die Wirksamkeit solchen Gedankens bewiesen sei. Geht man näher auf diese Fragen ein, so ergiebt sich Folgendes. aa) Die Vortheile, welche das öffentliche Zeugenverhör für die Erforschung der Wahrheit bietet, werden von denjenigen, welche die Einführung dieser Einrichtung in Teutschland in neuerer Zeit befürwortet haben, darin gefunden, daß die Zeugen vor dem vollständig versammelten Gerichte selbst in Gegenwart der Parteien verhört werden. Was von verschiedenen Schriftstellern[528]) über die Vorzüge eines von dem urtheilenden Richter selbst geleiteten Verhöres und über die Bedeutung der durch Gegenwart beider Parteien gegebenen Sicherheit für Vollständigkeit und Wahrhaftigkeit der Zeugnisse gesagt worden ist, ist anscheinend so klar und unwiderleglich, und liegt scheinbar zugleich so sehr auf der Hand, daß, wenn die Sache damit allein erledigt wäre, schwerlich angenommen werden kann, man werde zur Zeit des Ueberganges aus diesem öffentlichen Verfahren zum geheimen Verhör jene Vortheile verkannt oder nicht berücksichtigt haben. Eine nähere Betrachtung der Natur und Wirkungen dieser Vortheile zeigt aber auch bb) daß in denselben ebenso viele Postulate gegeben sind, von deren vereinigtem Dasein alle sachlichen Vorzüge des öffentlichen Verhörs abhängen. Nach der Bemerkung von Reinhardt werden die Zeugen selbst durch die Anwesenheit der Parteien nicht befangen; sie erhalten vielmehr gerade dadurch einen inneren Antrieb, klar und rücksichtslos zu sprechen, weil jede Rücksicht, welche sie auf die eine Partei nehmen würden, sogleich von der anderen bemerkt werden würde. Diese Wirkung auf die Zeugen vermag offenbar nur die Gegenwart der Parteien selbst, nicht schon die der beiderseitigen Anwälte, zu üben. Soll ferner die Unmittelbarkeit des Eindruckes, welchen das Benehmen der Zeugen auf die Meinung des Richters über die Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen vielleicht üben mag, für das Urtheil über das Beweisergebniß in das Gewicht fallen können, so muß nicht nur das Verhör der Zeugen vor dem versammelten Gerichte vorgenommen werden, sondern es darf

527) Vgl. Hurter, Geschichte Innocenz des Dritten und seiner Zeitgenossen Bd. 4, S. 431, N. 164.

528) Mittermaier im Archiv f. civil. Praxis Bd. 5, S. 196—205. Busch ebd. Bd. 39, S. 102. Reinhardt, Hdb. des Processes Bd. 2, S. 324.

auch kein längerer Zeitraum zwischen dem Zeugenverhör und dem Erkenntnisse liegen, weil subjective Eindrücke dieser Art dem Gedächtnisse leicht entschwinden und sich nicht gut protocollarisch festhalten lassen. In den Fällen, wo das Urtheil nicht auf Grundlage der Zeugenaussagen allein, sondern erst nach umständlicher und zeitraubender Combination derselben mit anderen thatsächlichen und rechtlichen Momenten gefällt werden kann, wird also der Vortheil, welchen der mittelbare Eindruck des Zeugenverhörs mit sich bringen kann, schon vermindert werden oder ganz verloren gehen. In Betreff der Appellation entsteht ein weiteres Dilemma. Entweder muß man die in der Möglichkeit weiterer Prüfung des Urtheils durch andere Richter liegende Garantie materieller Gerechtigkeit für die Thatfrage ganz ausschließen, oder es muß, wie nach römischem Rechte, gestattet sein, auch in der Appellationsinstanz Zeugen vernehmen zu lassen. Ob aber dieselben Zeugen? Unter den Glossatoren war dies streitig[529]). Azo und die Glossa ordinaria bejahen diese Frage, letztere jedoch nicht ohne schließliche Hinweisung auf das kanonische Recht, welches sie verneint habe, weil in der Gestattung abermaliger Vernehmung derselben Zeugen eine zu große Gefahr der Subornation liege, wodurch eben die Glaubwürdigkeit leide. c) Die bei dem öffentlichen Zeugenverhör als Garantie für die Glaubwürdigkeit der Aussagen wesentlich nothwendige Gegenwart beider Parteien kann für dieselben, namentlich bei großer Entfernung des Gerichtsortes, so lästig sein, daß sie blos wegen dieser Last genöthigt sein können, lieber den ganzen Proceß aufzugeben und einem ungerechten Anspruche sich zu unterwerfen. Dies wurde schon in der römischen Kaiserzeit fühlbar, als es zulässig war, einen Proceß mit Umgehung des ordentlichen Richters aus den oft weit entfernten Provinzen an den Kaiser zu bringen. Constantin, zu dessen Zeiten die Vernehmung der Zeugen durch ihren blos dazu speciell requirirten Richter noch nicht für zulässig gehalten wurde, suchte für Pupillen, Witwen aliique fortunae iniuria miserabiles durch die Verfügung zu helfen: „intra provinciam, in qua litigator et testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam“[530]). Aus dieser Verordnung haben die Neueren das sog. forum miserabilium personarum gemacht, wovon bei der Lehre vom Gerichtsstande gehandelt zu werden pflegt. Dagegen reden die Processualisten aus der Glossatorenzeit bei der Lehre vom forum überall nicht von den personae miserabiles. Und doch mußte, so lange die Oeffentlichkeit des Zeugenverhörs als Regel galt, dasselbe Bedürfniß, welches jene Constantinische Verordnung hervorgerufen hatte, auch damals gefühlt werden, wegen der Leichtigkeit, aus allen christlichen Ländern Streitigkeiten an die päbstliche Curie zu bringen. Freilich war die Zulässigkeit einer

529) Vgl. Haenel, Dissensiones Dominorum p. 487. §. 345. Glossa ad L. 6. §. 2. C. de appellat. (VII. 62.) et ad L. 4. C. de tempor. et reparat. appell. (VII. 63.)

530) L. un. C. III. 15.

Digitized by Google

Vernehmung entfernter Zeugen durch den nur hierzu requirirten Richter ihres Wohnortes schon von Justinian in L. 18. C. IV. 21. und Nov. 90. cap. 6. ausgesprochen; allein man sieht es den in letzterem Gesetze getroffenen Bestimmungen an, wie bedenklich und fremdartig dem Gesetzgeber selbst ein solches Verfahren erschien. Deshalb galt es auch unter Justinian noch als Regel, daß auch entfernte Zeugen vor dem Proceßgerichte erscheinen mußten (L. 19. C. IV. 20.), und die Glossatoren hielten für bedeutendere und bedenklichere Fälle an dieser Regel fest[531]). Im Hinblicke auf die Verhältnisse des damaligen Rechtszustandes erscheint es nicht ohne Bedeutung, daß in einem kurz vor Einführung des geheimen Zeugenverhörs geschriebenen Werke jener Zeit, welches die Darstellung des im praktischen Leben geltenden Proceßrechtes zum Gegenstande hatte und in großem Ansehen stand, der Inhalt jener Constantinischen Verordnung nicht, wie in den heutigen Proceßlehrbüchern, bei der Lehre vom forum, sondern bei der Lehre von den Zeugen erwähnt wird[532]). d) Die Vernehmung der Zeugen vor dem versammelten Gerichte erfordert einen Zeitaufwand, welcher die Beobachtung einer solchen Form für alle Zeugenverhöre bei jedem stark beschäftigten Gerichte völlig unausführbar macht. Daß auch die geistlichen Gerichte jener Zeit, zu welcher bei ihnen das geheime Zeugenverhör an die Stelle des öffentlichen trat, eine große Geschäftslast zu bewältigen hatten, zeigen die in der Decretalensammlung Gregor's IX. aufbewahrten zahlreichen praktischen Erlasse und ist überdies von Hurter[533]) recht anschaulich gemacht. Den Postulaten für die fernere Anwendbarkeit des öffentlichen Zeugenverhörs traten also, außer der Rücksicht auf die den Parteien zu bewahrende Möglichkeit weiterer Präsentation von Zeugen, bei den geist-

---

531) Glossa ad Nov. 90. cap. 6. v. Abundantiam; „Poterit ergo et in causis civilibus praecipere praesentari testes eorum se, si sibi videtur propter causae magnitudinem et propter suspicionem testium."

532) Vgl. Incerti auctoris ordo iudiorum (Ulpianus de edendo) ex edit. Haenel. Lips. 1838. p. 33. 34. Das Alter dieser Schrift setzt Wüstemann im civil. Magazin Bd. 5, S. 323 in das 12. oder 13. Jahrhundert; Hänel (Praef. p. XXI.) wegen Unbekanntschaft des Verfassers mit der Accursischen Glosse vor deren Vollendung. Nach Duhn im Archiv f. civil. Praxis Bd. 42, S. 35, Note 36 ist jedoch die Abfassung des Buches um die Zeit der Regierung des Pabstes Lucius III. (1181 bis 1185) zu setzen, weil dem Verfasser desselben die geheime Form des Zeugenverhörs auch ganz unbekannt ist; Pillius, welcher vor Innocenz III. schrieb, und selbst Placentinus, welcher 1192 starb und in Frankreich, der muthmaßlichen Heimath des Buches, lehrte, diese Form schon als die regelmäßige kannten, und von Lucius III. die letzte des öffentlichen Verhörs gedenkende Decretale (cap. 3. X. III. 22.) herrührt. Für eine noch frühere Abfassung ließe sich vielleicht geltend machen, daß auch die der Hänel'schen Ausgabe angehängten, aus dem Harley'schen Codex entlehnten Formeln, welche wohl später als das Buch selbst geschrieben sind, auf die Möglichkeit einer Abhörung der Zeugen durch Requisition keine Rücksicht nehmen, also von der Nothwendigkeit eines öffentlichen Zeugenverhörs auszugehen scheinen. Doch läßt dies auch eine andere, später zu erwähnende Erklärung zu.

533) Hurter a. a. O. Bd. 1, S. 214—225.

Digitized by Google

lichen Gerichten jener Zeit drei Bedenken entgegen. Der Gedanke mangelnder Glaubwürdigkeit der Zeugen, bei abermaliger Vernehmung derselben vor dem Appellationsrichter, die mit der Nothwendigkeit persönlichen Erscheinens vor dem entfernten Richter verbundene Last für Parteien und Zeugen und der mit der Vernehmung der Zeugen vor dem versammelten Gerichte verbundene Zeitverlust für das Gericht. Wegen dieser drei Bedenken aber brauchte die Oeffentlichkeit des Zeugenverhörs noch nicht für alle Fälle aufgegeben zu werden. Eine Gerichtsverfassung, wie man sie im römischen Rechte findet und wie sie in ähnlicher Weise das hierarchische System der römischen Kirche darbot, ließ noch ein Auskunftsmittel frei, nämlich die Ueberweisung ganzer Processe an die in der Heimath der Parteien und Zeugen befindlichen oder dorthin kommenden Richter durch Delegation. War in dem Commissorium die Appellation vor dem iudex delegatus an den Pabst ausgeschlossen, wofür es in den Decretalen an Beispielen nicht fehlt[534]), und gestattete die Natur der Sache eine baldige Urtheilsfällung nach abgehaltenem Zeugenverhör, so waren alle Erfordernisse für die Oeffentlichkeit des Zeugenverhörs vorhanden. Wahrscheinlich ist in solchen Fällen auch noch in der Zeit, wo für den ordentlichen kanonischen Proceß bereits das geheime Verhör als Regel galt, vor delegirten Richtern öffentlich verfahren worden. Dafür spricht zunächst der Umstand, daß in dem Commissorium des iudex delegatus die Form, worin vor demselben procedirt werden sollte, angegeben zu sein pflegten[535]), was ohne die Zulassung einer Abweichung von dem sonst regelmäßigen Verfahren keinen Sinn hatte; es spricht dafür ferner die Fassung einer in dem Harley'schen Codex hinter dem sog. Ulpianus de edendo aufbewahrten Formel für die Bitte um einen iudex delegatus[536]), welche so lautet: Instrumenta nostra alibi et testes nostri alibi degunt et huius occasionis informati ratione vobis preces porrigimus, ut liceat nobis, sub quo volueris iudice experiri iurgandi fortunam, ubi lis poterit opportunius exerceri, ubi testes nostri degunt, qui facile per longum iter vocari non possunt, per quos facile possit veri fides elici et veritas quaestionis disquiri. Der Gebrauch einer solchen Formel setzt öffentliches Zeugenverhör vor dem iudex delegatus voraus, weil bei dem geheimen die Vernehmung derselben vor dem blos dazu requirirten Richter ihres Wohnortes vollständig genügt, also die Entfernung ihres Wohnortes die Bitte um einen iudex delegatus nicht so, wie es hier geschehen ist, motiviren könnte. Es muß also entweder die Formel vor Einführung des geheimen Zeugenverhörs entworfen oder auch nach solcher Einführung die Oeffentlichkeit des Verhöres vor einem iudex delegatus noch gebräuchlich gewesen sein. Ersteres ist nicht sehr wahrscheinlich, weil ihre Anhängung an den sog.

534) Vgl. cap. 15. 27. X. I. 29. Cap. 2. X. II. 4. Cap. 9. X. II. 28.

535) Vgl. cap. 13. X. I. 29. verb.: „si quando iudici delegato expediat, formam sibi statutam servare."

536) S. die citirte Hänel'sche Ausgabe des sog. Ulpianus de edendo S. 54.

Digitized by Google

Ulpianus de edendo schon eine gewisse Verbreitung dieser Schrift, in welcher das Decret Gratian's bereits angeführt wird, voraussetzt. Dafür aber, daß auch nach allgemeiner Einführung des geheimen Zeugenverhörs in den Proceß der geistlichen Gerichte die Oeffentlichkeit eines solchen vor einem geistlichen Richter wenigstens nichts Unerhörtes gewesen sei, haben wir einen bestimmten Beweis in einem uns erhaltenen Protocoll über eine Zeugenvernehmung aus dem J. 1265 [537]). Freilich fand dieselbe vor einem Schiedsrichter statt, gegen dessen Schiedsspruch nach Inhalt des Compromisses keine Appellation zulässig war; von welchem aber wegen seiner Stellung als päbstlicher Legat und Cardinal nicht anzunehmen ist, daß er ein von der damals üblichen Procedur vor einem geistlichen iudex delegatus wesentlich abweichendes, in Rom als ganz unzulässig geltendes Verfahren vor sich werde zugelassen haben. Vor einem delegirten Richter oder Schiedsrichter also konnte, wenn die Appellation ausgeschlossen war, von allen Vortheilen des öffentlichen Zeugenverhörs Gebrauch gemacht werden, da namentlich auch die Rücksicht auf die den Parteien zu bewahrende Möglichkeit weiterer Production von Zeugen bei solchem Verfahren wohl meistens wegfiel. Für den ordentlichen Proceß vor geistlichen Gerichten aber mußte in Folge der großen Ausdehnung der päbstlichen Gerichtsbarkeit unter Alexander III. und Innocenz III. und der daraus entstehenden Geschäftsüberhäufung der geistlichen Gerichte die geheime Form des Zeugenverhörs, worauf als auf eine processualische Cautel (s. oben lit. a.) oder wegen der Beschwerlichkeit persönlicher Gegenwart (s. lit. c.) die Parteien wohl selbst

---

537) Die Dominicaner in Hamburg waren damals mit der dortigen Weltgeistlichkeit über Beerdigungsrechte im Streite und hatten von der ihnen ungünstigen Entscheidung des Domcapitels an den Pabst appellirt, als der zur Beilegung verschiedener Irrungen in Dänemark und dem nördlichen Teutschland abgeordnete päbstliche Legat, Cardinal Guido, nach Hamburg kam. Auf erhaltene Kunde von dem Streite veranlaßte er die Parteien, auf ihn zu compromittiren. In dem von Lappenberg herausgegebenen Hamburg. Urkundenbuche Bd. 1 findet sich das Compromiß vom 12. December 1265 auf S. 562—565, das Protocoll über die Zeugenvernehmung durch den Cardinal selbst am 23. December 1265 auf S. 566—568, und das Urtheil vom 26. December 1265 auf S. 587—589. In dem Compromiß verzichten die Parteien auf alle möglichen sonstigen Formalitäten, ohne daß aber von einer abweichenden Form des Zeugenverhörs irgend etwas erwähnt würde. Das Verhörsprotocoll gedenkt der Anwesenheit des Cardinals, einer Production der Zeugen vor ihm, erwähnt nicht eines Wiederabtretens der Parteien, noch auch einer am Schlusse des Verhörs an die Zeugen gerichteten Ermahnung zum Schweigen über ihre Aussagen, wohl aber verschiedener an die Zeugen gerichteter Kreuzfragen. Auch ist weder in diesem Protocolle, noch in dem drei Tage nachher gefällten Urtheil mit einer Sylbe von einer nachträglichen Eröffnung der Zeugenaussagen die Rede, welche doch bei einem geheimen Zeugenverhör wesentlich nothwendig, bei einem öffentlichen aber überflüssig ist. Aus allem diesem ergiebt sich, daß das Zeugenverhör in Gegenwart der Parteien angestellt sein muß, und daß man dies damals bei einem Verfahren solcher Art als etwas Selbstverständliches, keiner besonderen Motivirung Bedürftiges angesehen hat.

oft angetragen haben, als so zweckmäßig, ja nothwendig erscheinen, daß sie bald zu einer gewohnheitsrechtlichen werden konnte. Dieses Gewohnheitsrecht nun suchten die Juristen jener Zeit zunächst und vorzüglich durch die Behauptung zu begründen, daß dasselbe von dem Propheten Daniel eingeführt worden sei[538]). Diese Begründung erscheint auf den ersten Blick um so auffallender, als Placentinus, welcher zuerst auf diese Auctorität sich berufen zu haben scheint, ja selbst noch das öffentliche Zeugenverhör in frischer Uebung gekannt haben muß. Zunächst ist daran zu erinnern, daß Placentinus über den Widerspruch der Heimlichkeit des Zeugenverhörs mit dem römischen Rechte keineswegs im Zweifel sich befand, vielmehr dieses Widerspruches dieser neuen gewohnheitsrechtlichen Form mit den „leges" sich ganz klar bewußt war. Es handelte sich mithin für ihn und die ihm folgenden Juristen darum, eine wichtige gewohnheitsrechtliche Abweichung von der gesetzlichen Regel theoretisch zu rechtfertigen, eine Aufgabe, welche um so schwieriger sein mußte, als gerade dieser Jurist nach seiner Auslegung der L. 2. C. Quae sit longa consuetudo dem Gewohnheitsrechte die Kraft, ein Gesetz abzuschaffen, nicht zugestehen konnte[539]), wie denn überhaupt die römische Kirche und die Jurisprudenz der Glossatoren einer solchen Auctorität des Gewohnheitsrechtes nicht günstig waren[540]). Zurückstehen mußte aber das Ansehen der leges, wenn eine auf höherer Offenbarung beruhende Auctorität ihnen gegenüber trat. Auf diesem Gedanken beruhte überhaupt der praktische Vorzug des kanonischen Rechtes vor dem römischen Rechte. Von demselben Gesichtspunkte aus mußte das in der Historie von der Susanna berichtete Verfahren des Propheten Daniel als ein willkommenes Hilfsmittel für die theoretische

---

538) Die älteste Spur dieser Begründung und zugleich die älteste Stelle, in welcher des geheimen Zeugenverhörs Erwähnung geschieht, ist die schon erwähnte Aeußerung von Placentinus in der Summa Codicis (Magunt. 1536.) p. 152 s. f.: „examinatio testium non per leges, sed per Danielem introducta est." Später kehrt sie wieder bei Tancredus, Ordo iudiciar. III. 9. §. 2. (ed. Bergmann. p. 237.): „Et haec separatio testium per Danielem introducta est, sicut legitur in historia de Susanna et nequissimis sacerdotibus;" — bei Gratia, de iudiciario ordine II. 6. §. 1. i. f. (ed. Bergmann. p. 371.): „Haec autem forma scrutandi sumsit initium a Daniele propheta in causa Susannae;" — bei Damasus, Summa de ordine iudiciario Tit. 65. (in Wunderlich, Anecdota p. 104.): „Et quod taliter sit procedendum, probatur etiam per exemplum Danielis, qui separatim et in secreto recepit testes, ita quod unus alium deponentem non audivit;" — ferner in der Glosse zu L. 19. C. de testibus (IV. 20.) und in der Glosse zu can. 7. §. 3. Causa 2. qu. 1., zu can. 32. X. de testibus (II. 20.) und zu cap. 21. X. de accusationibus (V. 1.). Auch Durantis, Specul. iur. I. 4. §. 7. nr. 1., und Gonzalez Tellez ad cap. 2. X. de testibus §. 5. berufen sich noch auf das von ihnen sogenannte 13. Capitel des Daniel. Eine, übrigens blos analoge, Herbeiziehung der L. 14. C. de testibus findet sich zuerst bei Tancred, dessen Beispiel hierin nicht von Gratia und Damasus, wohl aber von den meisten Späteren, befolgt wird.

539) Vgl. Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2, S. 204.

540) Vgl. Puchta a. a. O. Bd. 1, S. 184—188, 192—193. Bd. 2, S. 37.

Rechtfertigung desjenigen Verfahrens erscheinen, welches eigentlich aus dem praktischen Bedürfnisse heraus gewohnheitsrechtlich sich entwickelt hatte. Wenn man fragt, wie dann das Buch Daniel zu einem 13. Capitel und die apokryphische Geschichte von der Susanna zu der Ehre komme, als vermeintliche Offenbarung eine weltliche Rechtsquelle aus dem Felde zu schlagen; so ist dabei nicht zu übersehen, daß die römische Kirche seit den Zeiten des Augustinus die Apokryphen für kanonisch gehalten hat[541]). Durch die angeführte Art der theoretischen Motivirung trat unter den verschiedenen für die Einführung des geheimen Zeugenverhörs wirkenden praktischen Momenten die Rücksicht auf größere Glaubwürdigkeit für das Bewußtsein der Juristen in den Vordergrund. Es läßt sich auch in der That nicht verkennen, daß, wenn z. B. ein Zeuge von einem mit dem Zusammenhange der Sache weiter nicht bekannten und daher auch zur Zurückweisung unpassender Fragen oft wohl nicht genügend instruirten Commissar in Gegenwart einer Partei, während die andere durch einen Bevollmächtigten sich vertreten lassen muß, verhört wird, dabei einseitige Einwirkungen auf den Zeugen viel mehr zu befürchten sind, als wenn der Zeuge unter Fernhaltung beider Parteien über die von dem Richter der Hauptsache vorher geprüften Artikel und Fragstücke vernommen wird. Das Verhör der Zeugen vor dem Gerichte selbst war aber bei dem Geschäftsdrange der geistlichen Gerichte so sehr außer Gebrauch gekommen, daß man bei der römischen Curie selbst bloße Notarien zu diesem Geschäfte ohne weitere Theilnahme eines Richters zu committiren pflegte[542]), und daß, als der dort übliche Proceß nachher auf das Reichskammergericht überging, in Beziehung auf dessen Praxis die Rechtsfrage aufgeworfen wurde, ob es dem Richter überall zustehe, die Zeugen selbst zu vernehmen[543]). Seitdem als wesentliches Motiv für die Heimlichkeit die Rücksicht auf Glaubwürdigkeit des Zeugenverhörs betrachtet wurde[544]), mußte auch das anfangs nur als nützliche Cautel eingeführte Verbot an die Zeugen, über ihre Aussage irgend eine Mittheilung zu machen, nach der Natur der Sache als nothwendig und die Regel der Absonderung jedes Zeugen von den anderen Zeugen und den Parteien überhaupt als so wesentlich erscheinen, daß jede Abweichung davon die Nichtigkeit des Zeugenverhörs zur Folge haben mußte. In der Glosse zum Corpus iuris canonici ist dies be-

---

541) S. Keerl, die Apokryphenfrage (Leipzig 1855) S. 283 flg.

542) Vgl. Durantis, Specul. iur. I. 4. §. 7. nr. 2. init.

543) S. Rau im Archiv f. civil. Praxis Bd. 38, S. 426.

544) Entschieden tritt diese Rücksicht hervor in der Glosse zu cap. 52. X. de testibus (II. 20.) und zwar im Casus in den Worten: „Papa invenit ex relatione ipsorum inquisitorum, quod testes illi non erant recepti secreto et sigillatim, cum ea diligentia, quae solet in testibus adhiberi: unde non adhibuit fidem eorum dictis;“ ferner ad voc. Examinare sigillatim verb.: „Et ideo examinandi secreto et separatim: quia unus instrueret alium et sequeretur dictum alterius: et ita non posset falsitas eorum facile deprehendi.“

Digitized by Google

ſtimmt ausgeſprochen[545]) und nach dem Zeugniſſe älterer Proceſſualiſten[546]) in Teutſchland anerkannt. Deshalb wird auch, wenn es ſich um die Vernehmung auswärtiger Zeugen handelt, in dem Requiſitionsſchreiben um die Beobachtung der bezüglichen Formen des Verhörs gebeten[547]). — Bisher iſt die Entſtehung des geheimen Zeugenverhörs bei den geiſtlichen Gerichten geſchildert worden. Es iſt nun das bei denſelben hinſichtlich des Zeugenbeweiſes übliche Verfahren zu erörtern[548]). Der Beweisführer reichte Artikel ein, worüber die Zeugen vernommen werden mußten und welche bald articuli, bald capituli genannt wurden[549]), und aus den Poſitionen gezogen waren. Die Artikel wurden dem Producten mitgetheilt, welcher wieder für ſeine Zeugen Artikel einreichen konnte. Die Zeugen wurden durch das Gericht vorgeladen. Der Gebrauch der Fragſtücke ſcheint zur Zeit Innocenz III. noch nicht gewöhnlich geweſen zu ſein[550]), wogegen zur Zeit Gregor's IX. ſchon interrogatoria vom Gegner geſtellt wurden[551]), obwohl nach der Art, wie ſich die Commentatoren darüber erklären, ſchon früher der Gerichtsgebrauch darauf geführt zu haben ſcheint. Die Fragſtücke wurden aber dem Producenten nicht mitgetheilt, ſondern blieben Geheimniß. Die Vernehmung der Zeugen geſchah einzeln mit jedem Zeugen und ohne Gegenwart einer Partei[552]). Ueber dieſelben Artikel konnten viermal Zeugen producirt werden; nur bedurfte es bei der vierten Zeugenproduction eines Eides, und es durfte die Publication der Zeugenausſagen noch nicht vorausgegangen ſein[553]). Die Einwendungen gegen die Perſon und Glaubwürdigkeit der Zeugen ſollten

---

545) Vgl. die Gloſſe zu cap. 42. X. de electione (I. 6.) s. v. secrete: „sicut testes in secreto deponere debent, ut liberius dicant veritatem, alias non valet dictum testis“ und ad cap. 52. X. de testibus (II. 20.) am Schluſſe des Casus: „Nota, quod testes sigillatim et secreto sunt examinandi, alias non valent.“

546) Ludovici, Einleitung zum Civilproc. S. 148, §. 32. Böhmer, Ius eccl. Prot. Lib. II. Tit. 20. §. 38. sub I.

547) Eine ſolche Bitte findet ſich ſchon in den bei Durantis und Ulrich Tengler aufgenommenen Formularen. Vgl. Durantis, Speculum iuris Lib. I. P. IV. de teste (Francof. 1612. fol. p. 298.) verb. „cogatis eos veritati testimonium perhibere, attestationes in publicam formam redactas et nulli partium proditas, nobis sub vestro sigillo secrete inclusas per fidelem nuntium quanto citius transmissuri.“ Dieſes Formular findet ſich in teutſcher Ueberſetzung in Ulrich Tengler's Laienſpiegel (Ausgabe von 1536 Bl. 78, S. 2). Vgl. auch Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte 4. Ausg. Bd. 3, §. 461, sub I. — Was in ſolchen Werken gelehrt wird, welche als Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechtes gelten können, woraus der gemeine Proceß hervorgegangen iſt, wäre wohl richtiger als gemeinrechtliche Regel, als blos als „Sitte mancher teutſcher Gerichte“ zu bezeichnen geweſen.

548) Vgl. Mittermaier im Archiv f. civil. Praxis Bd. 5, S. 74 flg.

549) Cap. 17. 42. X. II. 20.

550) Cap. 37. X. II. 20. Böhmer, Ius eccl. Prot. Lib. II. Tit. 20. p. 1227.

551) Cap. 2. de testibus in VI. (II. 10.)

552) Cap. 52. X. II. 20.

553) Cap. 15. 25. 36. 46. X. II. 20. mit Beziehung auf Nov. 90. cap. 4.

Digitized by Google

zwar in der Regel vor der Publication der Zeugen bewiesen werden[554]); allein man ließ Ausnahmen zu[555]). Die Einwendungen gegen Zeugen konnten wieder durch Zeugen bewiesen werden, gegen welche, wenn der Producent sie angreifen wollte, wieder Zeugen vernommen werden durften[556]), welche testes reprobatorii hießen, gegen welche aber die Production anderer Zeugen unzulässig war. Die Verkündigung der bis dahin geheim gebliebenen Zeugenaussagen geschah auf Betreiben der Parteien feierlich[557]), worauf die Parteien Termine erhielten, um sich zu den Disputationsschriften über die Zeugenaussagen vorzubereiten und innerhalb welcher die Advocaten nach dem Gerichtsgebrauche der römischen Curie sogenannte rubricas bewirkten. Dieses war im Wesentlichen das Verfahren, welches sich bald in den weltlichen Gerichten verbreitete und schon in alten Gerichtsbüchern, z. B. im 16. Jahrhundert vorkommt[558]). Auf die nämliche Art wird das übliche Verfahren in den Formelbüchern beschrieben[559]) und ebenso in den im Anfange des 16. Jahrhunderts entstandenen Landesgerichtsordnungen, z. B. den baierischen[560]), tyrolischen[561]), kölnischen[562]), freiburgischen[563]), wobei die letztere die Merkwürdigkeit darbietet, daß sie es als einen bis zu ihrer Abfassung (1520) geltenden alten Gebrauch bezeichnet, daß die Zeugen in Gegenwart der Parteien und ihrer Mitzeugen vernommen wurden. Die Reichsgesetze ergriffen den Gerichtsgebrauch der sehr angesehenen geistlichen Gerichte, sowie die Kammergerichtsordnung von 1508 immer auf den stylus romanus sich beruft; das Zeugenverfahren wurde ganz nach der kanonischen Praxis geleitet und die Reichsgesetze setzen selbst das Verfahren schon als so bekannt voraus, daß sie es gar nicht mehr näher bestimmen, sondern nur auf die Angabe des Termins, in welchem das Zeugenverfahren vorkommen soll, Anordnung der Commissionen[564]), oder auf Beschränkung zu vieler durch Mißbrauch eingeschlichener Schriften[565]) sich beschränken, so daß nur der jüngste Reichsabschied §. 54—57 als dasjenige Reichsgesetz betrachtet werden

554) Cap. 31. X. II. 20. Gonzalez Tellez ad h. l. nr. 4.
555) Böhmer l. c. p. 1207.
556) Cap. 49. X. II. 20.
557) Cap. 31. X. II. 20.
558) Merkwürdige Belege hierzu liefern das von Senkenberg, Corp. iur. Germ. T. I. nr. X. p. 154. bekannt gemachte Gerichtsbüchlein und die hessische Landgerichtsordnung des Landgrafen Wilhelm III. v. 1497 bei Kopp, ausführl. Nachrichten von der älteren und neueren Verfassung der hessischen Gerichte Bd. 2, S. 50—54.
559) Tengler, Laienspiegel fol. 92—93.
560) Bayerische Gerichtsordnung v. 1520 Tit. VII.
561) Tyroler Landesordnung v. 1532 Bl. 10.
562) Kölnische Gerichtsordnung v. 1570 S. 165.
563) Freiburger Statuten v. 1520 fol. XX.
564) Kammergerichtsordnung v. 1508 §. 8—14, v. 1555 Th. III, Tit. 7, §. 1. Reichsabschied v. 1566 §. 98.
565) Deputationsabsch. v. 1600 §. 133—135.

kann, welches umständlicher, jedoch völlig im Sinne der alten geistlichen Praxis sich über das Verfahren bei dem Zeugenbeweise erklärte. Diese, ebenso in den Particulargerichtsordnungen späterer Zeit beibehaltene Form ist auch noch im gemeinen teutschen Processe üblich. Neuerdings ist aber die Gesetzgebung mancher Länder wieder zu der noch im neuesten römischen Rechte üblichen Form der Zeugenvernehmung zurückgekehrt[566]). — Das Zeugenverhör wird im heutigen gemeinen Processe in Abwesenheit der Parteien, mit jedem einzelnen Zeugen für sich[567]) vorgenommen, zuerst über die allgemeinen Fragstücke, dann über die Artikel in der Ordnung, in welcher sie vom Producenten aufgestellt sind[568]), und daneben über die speciellen Fragstücke und zwar so, daß hinter jedem Artikel die dazu gehörigen Fragstücke benutzt werden[569]). Dabei muß dem Zeugen durch Vorzeigung der Sache, durch Risse, durch Hinführen an den streitigen Ort, oder in anderer Weise, die nöthige Erläuterung oder Aufklärung über die von ihm zu beantwortenden Fragen gegeben werden. Der Richter darf aber, nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime[570]), Fragen über Umstände, welche

---

566) So bestimmt das Weim. Proceßges. v. 28. Mai 1857 §. 8, daß die Parteien zu der Vernehmung der Zeugen unter der Verwarnung mit vorgeladen werden sollen, daß mit dieser Vernehmung bei ihrem Ausbleiben gleichwohl werde verfahren werden. Den Parteien steht frei, nach dem Schlusse der Vernehmung jedes Zeugen demselben durch den Abgeordneten des Gerichtes Fragen zur etwaigen Erläuterung ihrer Aussagen vorlegen zu lassen, oder mit Zustimmung desselben unmittelbar vorzulegen. Der Letztere hat jedoch das Recht, die Stellung einzelner Fragen abzulehnen, oder auch die Frageſtellung ganz zu schließen, insoweit sich durch dieselbe eine Aufklärung oder sonst ein Nutzen für die Sache nicht weiter erwarten läßt. Der Termin zur Eröffnung der Zeugenaussagen fällt weg; den Parteien sind aber auf ihr Verlangen Abschriften der Protocolle über die Vernehmung der Zeugen mitzutheilen. Ebenso Rudolst. Proceßgesetz vom 12. November 1858 §. 59.

567) Cap. 52. X. II. 20. Cap. 2. de testibus in VI. (II. 10.)

568) Die Ordnung des Directoriums ist in Ansehung der Frage, welcher Zeuge zuerst und welcher später vernommen werden soll, nicht nothwendig zu beobachten.

569) Jüngster Reichsabschied §. 52.

570) Zwar scheint das cap. 37. X. II. 20. verb. „testes ... diligenter examinare procures, et de singulis circumstantiis prudenter inquirens, de causis videlicet, personis, loco, tempore, visu, auditu, scientia, credulitate, fama et certitudine, cuncta plene conscribas“ entgegenzustehen, indem dadurch dem Richter die Befugniß gegeben scheint, die von der Partei benannten Zeugen über die einzelnen Umstände des fraglichen Vorganges, wie sie in der Stelle näher bezeichnet werden, zu vernehmen, ohne daß er hierbei an die durch die Artikel gegebenen Fragen gebunden sei. Allein da nicht ausdrücklich gesagt wird, daß der Richter dieses Alles von Amtswegen thun solle, so ist die Stelle nur so zu verstehen, wie es mit den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime vereinbar ist, so daß der Richter im allgemeinen an die Artikel bei der Befragung der Zeugen gebunden ist, ihm aber doch frei steht, von Amtswegen solche Fragen zu stellen, welche die Erläuterung dunkler oder zweideutiger Aussagen oder Hebung von Widersprüchen bezwecken, oder die Glaubwürdigkeit des Zeugen oder den Grund seiner Wissenschaft betreffen.

Digitized by Google

eine Partei durch dieses Mittel nicht beweisen wollte, worüber sie keine Zeugenabhörung verlangt hat, nicht hinzufügen, weil es von der Partei abhängt, nicht blos, ob sie, sondern auch, wie weit sie von diesem Beweismittel Gebrauch machen will. Zwar ist Mittermaier[571]) für einen größeren Umfang der richterlichen Befugniß bei der Zeugenvernehmung. Obwohl der Richter sich mit der Benutzung der von den Parteien vorgeschlagenen Beweismittel begnügen müsse, so hindere ihn doch nichts, von den Parteien jede ihm nöthig scheinende Aufklärung über die einmal vorgebrachten Thatsachen zu verlangen und die einmal vorgeschlagenen Beweismittel auf die Art zu benutzen, welche er für nothwendig hält, um ein vollständiges und gerechtes Urtheil fällen zu können. Daher sei auch bei dem Zeugenbeweise der einmal von den Parteien producirte Zeuge dem Richter jede Aufklärung zu geben schuldig, welche der Richter fordert; es sei bei dem Zeugen nicht blos damit abgethan, daß er irgend eine Antwort auf jeden Artikel und jedes Fragstück giebt, sondern die ganze Wissenschaft des Zeugen über die hier im Streite befangenen Thatsachen sei es, welche in Anspruch genommen werden. Darum müsse bei der Zeugenvernehmung die Production des Zeugen so betrachtet werden, daß die Partei ihren Zeugen dem Richter nur vorschlägt und das übrige ihm überlasse; die Beweisartikel dienten dem Richter nur zur Grundlage bei seiner Vernehmung, sie leiteten ihn, ohne ihn strenge zu binden, sie bezeichneten nur die Thatsachen, über welche nach der Bitte der Partei der Zeuge vernommen werden soll, ohne daß dadurch ausgesprochen werde, daß der Zeuge nur über diese Artikel vernommen werden dürfe. Kein Gesetz schreibe vor, daß der Richter wörtlich blos den gestellten Artikel dem Zeugen vorlesen und mit irgend einer Antwort darauf sich begnügen müsse. Gleiches gelte auch von der Vernehmung über die Fragstücke[572]). Allein, wenn es auch wahr ist, daß die Artikel nicht unbedingt nothwendig sind, so folgt daraus doch weder, daß der Richter, wenn sie nicht vorliegen, in seinen Fragen unbeschränkt sei; noch, daß, wenn sie vorliegen, der Richter überhaupt an die Grenzen derselben nicht gebunden sei. Wollte man dem von Mittermaier aufgestellten Grundsatze folgen, daß durch die Benennung des Zeugen die ganze Wissenschaft desselben über die im Streite befangenen Thatsachen in Anspruch genommen werde; daß die Production des Zeugen so zu betrachten sei, daß die Partei ihren Zeugen dem Richter nur vorschlägt, und das übrige ihm überläßt; so würde dadurch dem Richter eine mit der Verhandlungsmaxime nicht vereinbare Befugniß eingeräumt werden; der Richter würde dadurch berechtigt, ebenso gut dem Producenten nachtheilige Umstände des fraglichen Vorganges durch Fragen von dem Zeugen zu erfahren, und dadurch für den Gegner zu wirken, als dem Producenten günstige Umstände. Vielmehr

571) Im Archiv f. civil. Praxis Bd. 5, S. 184 flg.
572) Ebd. S. 191 flg.

Digitized by Google

ist der Richter die Wissenschaft der Zeugen über die im Streite befangenen Thatsachen nicht weiter in Anspruch zu nehmen berechtigt, als der Producent selbst sie in Anspruch genommen hat und genommen wissen will, und die aufgestellten Artikel bilden hier die vom Richter einzuhaltende Grenze. Es ist etwas anderes, wenn der Zeuge bei seiner Antwort auf die Artikel freiwillig über Umstände aussagt, welche in den Artikeln nicht enthalten und möglicher Weise dem Producenten nachtheilig sind; etwas anderes, wenn solche durch vom Richter zu stellende Fragen erst aus dem Zeugen herausgelockt werden. Im ersten Falle steht der Benutzung der Zeugenaussagen nichts entgegen, weil die ganze Aussage des Zeugen wörtlich zu Protocoll genommen werden muß und auch der Product durch die Production des Zeugen berechtigt ist, dessen Aussage, soweit sie ihm günstig ist, zu benutzen. Im zweiten Falle würde der Richter für den Producten thätig sein und für dessen Gegenbeweis wirken, was vielleicht nicht einmal in der Absicht des Producten liegt. Nur in folgenden Fällen ist ein Fragerecht des Richters an die Zeugen ausnahmsweise aus dem Gesichtspunkte der Proceßdirection gerechtfertigt: 1) Der Richter darf von Amtswegen solche Fragen stellen, welche dazu dienen, Dunkelheit, Undeutlichkeit und Zweideutigkeit aus den Aussagen zu entfernen, welche mithin die Erläuterung der Aussagen oder die Aufklärung scheinbarer in derselben enthaltenen Widersprüche bezwecken[372]). 2) Ebenso darf der Richter von Amtswegen solche Fragen stellen, welche die Glaubwürdigkeit der Zeugen überhaupt und auch insofern in besonderer Beziehung auf den vorliegenden Rechtsstreit betreffen, als entweder der Mangel oder die Schwäche jener nicht durch Verzicht der Parteien vollständig gehoben ist, oder der Grund der Wissenschaft des Zeugen dadurch ermittelt werden soll[374]). Auch dazu ist der Richter berechtigt, ja selbst verpflichtet, den Artikel, wenn er dem Zeugen nicht recht verständlich ist, demselben klar zu machen und in verständlicher, nach der Fassungskraft des Zeugen eingerichteter Form die Frage über die im Artikel bezeichnete Thatsache vorzulegen[375]). — Der Zeuge muß auf die ihm vorgelegten Fragen in der Regel sogleich antworten; nur, wenn der Zeuge aus besonderen Gründen sich Bedenkzeit erbittet, z. B. wenn er auf die Antwort nicht vorbereitet ist und der Einsicht von Urkunden, Rechnungsbüchern u. s. w., welche er nicht gleich mit zur Stelle hat, erst dazu bedarf, kann eine Ausnahme von jener

---

373) Cap. 53. X. II. 20. Nach dieser Stelle ist selbst eine neue Abhörung der schon einmal abgehörten Zeugen gerechtfertigt, wenn ihre Aussagen so dunkel sind, daß sie nicht verstanden werden können und ungewiß bleibt, was der Zeuge eigentlich ausgesagt hat.

374) Gesterding, Nachforschungen Bd. 1, S. 214. Damit stimmt auch Mittermaier a. a. O. S. 186 überein. Wenn derselbe aber dem Richter weiter das Recht einräumt, nach gegebener Antwort des Zeugen um Alles weiter zu fragen, was die Unvollständigkeit der Antwort haben könnte, so werden eben dadurch die durch die Artikel gezogenen Grenzen unzulässiger Weise überschritten.

375) Mittermaier a. a. O. S. 186.

Digitized by Google

Regel verstattet und der Zeuge unter dem auf seinen Eid abzugebenden Versprechen, weder mit den Parteien, noch mit seinen Nebenzeugen sich über die Aussage unterreden zu wollen, vorläufig entlassen und zur Vernehmung nochmals vorbeschieden werden[576]). Die Antworten der einzelnen Zeugen werden in derselben Ordnung, wie sie erfolgen, zu Protocoll genommen und dabei, soviel wie möglich, die eigenen Worte des Zeugen gebraucht[577]). Spricht der Zeuge in fremder Sprache, so bedarf es der Zuziehung eines oder zweier beeidigter Dolmetscher und es werden die Aussagen entweder blos nach der Uebersetzung dieser oder auch zugleich in der Sprache, welcher sich der Zeuge bedient, niedergeschrieben[578]). Ungefragt von einem Zeugen erstattete Aussagen dürfen, insofern sie den Grund des Bezeugten betreffen oder zur näheren Bestimmung oder Aufklärung der Aussage nöthig sind, sonst aber nur insofern protocollirt werden, als sie der Grundsatz der Gemeinschaft der Beweismittel nöthig macht, d. h. wenn der Zeuge unaufgefordert im Zusammenhange seiner Aussage auch für den Gegner aussagt. Dagegen können allerdings solche Aussagen für den Producenten über Artikel, welche er gar nicht aufgestellt oder in Betreff welcher er wenigstens diesen Zeugen nicht producirt hat, nicht beachtet werden, weil im ersten Falle der Beweis rücksichtlich jenes Artikels überhaupt präcludirt ist, im letzteren aber der Grundsatz entscheidet, daß es zwar nicht dem Producenten frei steht, nach der Production zum Nachtheil des Gegners, wohl aber zum eigenen, auf den Gebrauch eines ihm zustehenden Beweismittels ganz oder theilweise zu verzichten und daher zu bestimmen, wie weit er von diesem Beweismittel Gebrauch machen will. Da über die Gemeinschaft der Beweismittel überhaupt, und über die der Urkunden insbesondre bereits an einem anderen Orte dieses Werkes[579]) gehandelt worden ist, so ist darauf zu verweisen. In Bezug auf den Zeugenbeweis ist von Manchen[580]) die Gemeinschaftlichkeit der producirten Zeugen aus dem Grunde, weil die Gesetze eine solche nicht bestimmt hätten, bestritten. Nun ist zwar richtig, daß die Gesetze darüber ausdrücklich nichts bestimmt haben. Sie haben aber doch wenigstens bestimmt, daß der Producent die Zeugenaussage nicht willkürlich fallen lassen kann. Die zum Beweise dessen gewöhnlich angezogenen Stellen des kanonischen Rechtes[581]) sind zwar dafür nicht maßgebend. Denn

---

576) Schneider, vom Beweise §. 533.

577) Jüngster Reichsabsch. §. 52: „Daß nach einem jeden Beweiß-Articul aller und jeder Zeugen Aussage in ihrer Ordnung, mit den Worten, wie jeder Zeuge geredt, also gleich ordentlich subnectiret."

578) Danz, ordentl. Proceß §. 311, N. e. Stumme und Taubstumme müssen schriftlich vor Gericht ihren Eid ablegen und Zeugniß geben. Claproth, ordentl. Proceß II, §. 282. Können sie auch nicht schreiben, so kann ihr Zeugniß nur einen geringen Grad von Beweiskraft haben.

579) S. den Artikel Urkunden Bd. XI, S. 725 flg.

580) Z. B. von Reinhardt, Handb. des Civilproc. Bd. 1, S. 191.

581) Cap. 19. 40. X. II. 20.

Digitized by Google

die erste Stelle redet von Urkunden, namentlich von dem Falle, wo der Producent im allgemeinen auf den Inhalt der Urkunde Bezug genommen und hierdurch auch den Gesammtinhalt anerkannt hatte. Die zweite Stelle spricht davon, daß der zur Zeugenabhörung ernannte Commissar selbst als Zeuge benannt und daß deshalb ein anderer Richter zur Vornahme des Geschäftes bestimmt wurde, „ne ob testis defectum eius iustitia valeat deperire"; davon aber enthält die Stelle nichts, daß der Product auf die Abhörung der von dem Producenten benannten und producirten Zeugen ein Recht habe. Allein die Gemeinschaftlichkeit der Zeugen ist in der Reichsgesetzgebung unzweifelhaft anerkannt [582]). Denn wenn auch der in der Note angeführten Stelle der Rotul eines in perpetuum rei memoriam aufgenommenen Zeugenbeweises dem Producenten nicht herausgegeben werden soll, wenn er nicht entweder nachweist, daß die Sache anhängig gemacht, oder aber der Gegentheil selbst zufrieden sei, so kann die für nothwendig erklärte Zustimmung des Producten nur auf einem Benutzungsrechte desselben an dem Zeugenrotul beruhen, und dieses Recht ist gerade der Inhalt der Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels [583]). Wenn nun auch aus der angezogenen Stelle nicht folgt, daß der Producent nicht auf irgend einen von ihm producirten Zeugen verzichten könne [584]), so folgt hieraus aber auch nicht, daß der Verzicht des Producenten auf ein producirtes Beweismittel den Producten des Rechtes beraube, von dem Beweismittel dennoch Gebrauch zu machen, und blos hierauf kommt es bei der Frage nach der Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels an [585]). — Verdächtiges Benehmen des Zeugen während der Abhörung ist zu Protocoll zu bemerken [586]). Nach Beendigung des Protocolls werden dem Zeugen seine

582) Deputationsabsch. v. 1600 §. 28: „Als auch oftmals Commissiones ad perpetuam rei memoriam erkannt und hernach das darauf gefertigte Rotul versiegelt in die Leserei geliefert, folgends solches wiederum herauszugeben, supplicando begehrt worden, und Zweifel vorgefallen, ob auf solche bloße narrata, ohne weitere Erkündigung, ob und wozu man solches bedürftig, dasselbig verfolgen zu lassen sein solle. So wollen Wir, daß zu Verhütung allerhand daraus entstehenden Gefährlichkeiten hinfüren derjenige, so solche attestationes wiederum heraus begehrt, einen Schein von dem Richter, da dieselbe Sache zu Recht verfangen gewesen, fürbringen, daß die Sach anhängig gemacht, und man der attestationum bedürftig, oder aber der Gegentheil selbst zufrieden sey."

583) Linde im Archiv f. civil. Praxis Bd. 24, S. 81, 82.

584) Hesse ebd. Bd. 23, S. 8.

585) Linde a. a. O. S. 82 und in den Abhandl. aus dem Civilprocesse Bd. 2, S. 40, N. 1.

586) Vgl. L. 1. pr. L. 2. i. f. D. 22. 5. L. 13. 14. C. IV. 20. Cap. 3. X. II. 12. Cap. 7. X. II. 20. besonders aber peinl. Gerichtsordn. Art. 71: „So nun dasselbig peinlich Gericht mit Personen, die solche Kundschafft rechtmäßiger Weiß zu verhören, geschickt und verständig seynd, besetzt ist, so soll der Richter, samt zweyen aus denselben darzu tüglich, und dem Gericht-Schreiber, gemeldte Kundschafft, wie sich im Recht gebührt, mit Fleiß verhören, und sonderlich eigentlich aufmerken, ob der Zeug in seiner Sag würde wankelmüthig und unbeständig erfunden, solche Umstände, und wie er den Zeugen in äußerlichen Gebärden vermerkt, zu dem Handel aufschreiben."

Digitized by Google

zu Protocoll genommenen Aussagen vorgelesen, was schon, obschon darüber Streit ist, ob nach gemeinem Rechte die Vorlesung der Protocolle überhaupt gesetzlich geboten sei[587]), doch bei Zeugenvernehmungen deshalb besonders nothwendig ist, damit dem Zeugen Gelegenheit gegeben werde, das Protocoll, wenn seine Aussage etwa unrichtig aufgefaßt und niedergeschrieben worden ist, zu berichtigen, oder wenn der Zeuge selbst an seiner Aussage etwas abändern will, dies thun zu können. Die etwaigen Berichtigungen und Abänderungen, welche ein Zeuge an seiner Aussage macht, sind nach der Vorlesung des Protocolls aber, so, als wenn dieses schon während der Abhörung geschieht, nachzutragen[588]); es darf aber im Protocoll nichts durchstrichen werden[589]). Bei der Entlassung wird jedem einzelnen Zeugen Stillschweigen über seine erstattete Aussage bis zur gerichtlichen Eröffnung des Zeugenrotulus auferlegt[590]). — In der Regel können die Zeugenaussagen nur dann, wenn das Zeugenverhör von dem Proceßgericht selbst oder auf dessen Requisition von dem Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit die Zeugen stehen, vorgenommen worden ist, Beweiskraft haben. Ausnahmsweise kann, wenn die Abhörung der Zeugen durch das Proceßgericht eingetretener Hindernisse nicht möglich ist, auch eine von einem incompetenten Richter oder von einem Notar bewirkte Zeugenvernehmung vorkommen; sie kann aber immer nur Wahrscheinlichkeit begründen[591]). e) Zeugenrotul. Der Zeugenrotul (rotulus examinis testium) ist eine öffentliche Urkunde, welche, entlehnt aus den Protocollen über die Aussagen der einzelnen Zeugen, welche für dieselbe Beweisführung benutzt worden sind[592]), bezweckt, eine bessere und

---

587) Vgl. den Artikel Protocoll Bd. 8, S. 521, N. 31. Schmid, Handb. des Civilproc. Bd. 1, §. 54, N. 17.

588) Dergleichen Berichtigungen und Abänderungen, wenn sie sofort, d. h. während der Abhörung oder nach Vorlesung des Protocolles, erfolgen, thun der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses keinen Eintrag, indem sie vielmehr von der Gewissenhaftigkeit des Zeugen Beweis geben; anders ist es, wenn solche Berichtigungen und Abänderungen erst nach Ablauf einiger Zeit bewirkt werden. Cap. 7. X. II. 20.: „... Quorum testimonia, si quandoque non studiose, sed in proferendo erraverint, et se in continenti correxerint, reprobari non debent; secus autem erit, si correctioni suae interposuerint intervallum.“ Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 1, S. 261. Gesterding, Nachforsch. Bd. 1, S. 210 flg.

589) Der etwa zugezogene Notar, welcher ebenfalls ein Protocoll führt, hat auf Widersprüche zwischen diesem und dem gerichtlichen Protocoll aufmerksam zu machen, welche von dem Zeugen zu heben sind. Claproth, ordentl. Proceß Bd. 2, §. 250. Die Zuziehung eines Notars bei den vom Gericht vorgenommenen Zeugenabhörungen ist in den wenigsten Ländern in Anwendung.

590) Ludovici, de impositione silentii. Hal. 1702.

591) Claproth a. a. O. §. 298. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4, S. 248 flg.

592) Die Bestimmung des Reichsabschiedes von 1566 §. 98, welche man so verstanden hat, daß sämmtliche Zeugenaussagen, sowohl im Beweise als im Gegenbeweise, in Einen Rotul zusammengefaßt werden sollen, sagt dieses eigentlich nicht, da sie auch nur von der Beweisführung Einer Partei spricht. Regel-

Digitized by Google

leichtere Uebersicht über die Zeugenaussagen zu gewähren. Nothwendig ist der Zeugenrotul nicht. In der Reichsgesetzgebung [593]) ist zwar dessen Abfassung vorgeschrieben, allein nur zu dem Zwecke „damit der Richter aller Zeugen Sagen auf einen jeden Articul allezeit unter Augen haben könne, und des sonsten nothwendigen vielfältigen Aufsuchens oder mühsamen Extrahirens überhoben bleibe." Er wird also nur zur Bequemlichkeit des Richters abgefaßt und ist, da die Protocolle über die Zeugenvernehmungen die eigentlich glaubhafte Urkunde über die Zeugenaussagen bilden, entbehrlich [594]). Ist nur Ein Zeuge vernommen worden, so fällt der Rotul immer weg; auch ist er dann unnöthig, wenn die Zeugenaussagen von geringem Umfange sind. In solchen Fällen wird dann das Vernehmungsprotocoll den Parteien eröffnet und Abschrift davon bewilligt. Der Rotul wird vom Gericht, unter Zuziehung des Notars, welcher etwa, von der Partei vorgeschlagen, der Zeugenabhörung beigewohnt hat [595]), in der Weise abgefaßt, daß zunächst darin die Beobachtung der Förmlichkeiten der Zeugenvernehmung, und dann neben einander die Aussagen sämmtlicher Zeugen über die allgemeinen Fragstücke, die Artikel und die besonderen Fragstücke angegeben werden [596]). Bei jedem Artikel und Fragstück müssen alle Zeugen namhaft gemacht werden, damit dem Richter sogleich in die Augen falle, daß kein Zeuge fehle. Wenn also gleich ein Zeuge über diese oder jene Frage nicht befragt wird, so muß sein Name doch beigesetzt und nur hinzugefügt werden: cessat, cessat per directorium, oder: Zeuge ist hierüber nicht vorgeschlagen. Sind die Zeugen von einer Commission oder auf geschehene Requisition abgehört worden, so muß im Anfange des Rotuls des Auftrages oder der Requisition Erwähnung geschehen. Am Ende aller Zeugenaussagen wird erzählt, daß den Zeugen ihre Aussagen wieder vorgelesen worden, daß sie dabei verharrt, oder ihre Aussagen in diesem oder jenem Punkte verbessert oder verändert haben, und daß ihnen Still-

---

mäßig werden über Beweis und Gegenbeweis besondere Rotuln gefertigt. Vgl. Schmid, Civilproc. Bd. 1, §. 140, N. 1.

593) Jüngster Reichsabschied §. 52: „Sonsten aber die geordnete Commissarii, nachdem sie die Zeugen auf alle Articul und Interrogatoria ihrer Ordnung nach abgehört, ihren Rotulum oder Relationes über der Zeugen Aussagen, mit Zuthun des Adiuncti oder Notarii, jedesmals dergestalt abfassen: daß nach einem jeden Beweis-Articul aller und jeder Zeugen Aussage in ihrer Ordnung, mit den Worten wie jeder Zeuge geredt, also gleich ordentlich subnectiret, und wann also dem ersten Articul aller und jeder Zeugen Sage untersetzt worden, folgends der andern Articul wiederum voran, und abermal demselben aller und jeder Zeugen Depositiones wörtlich und ordentlich untergestellet, auch in solcher Ordnung durch alle Articul wie auch bei den Interrogatoriis, verfahren werde, damit der Richter aller Zeugen Sage auf einen jeden Articul allezeit unter Augen haben könne, und des sonsten nothwendigen vielfältigen Aufsuchens und mühsamen Extrahirens überhoben bleibe."

594) Pratobevera, Materialien VII, S. 333.

595) Jüngster Reichsabsch. §. 52.

596) Cap. 41. X. II. 20. Jüngster Reichsabsch. §. 52.

Digitized by

schweigen auferlegt worden ist. Den Schluß machen die Bezeugung, daß die Zeugenaussagen in den Rotul gebracht worden seien und die Angabe des Ortes und der Zeit der Ausfertigung. Am Ende wird dann der also verfertigte Rotul von Gerichtswegen unterschrieben, häufig auch besiegelt. Hat ein Commissarius oder ein anderer Richter auf Requisition oder vermöge Auftrages seines Oberrichters die Zeugen vernommen, so ist die Besiegelung nothwendig [597]). Daß, wenn in derselben Sache mehrere Rotuln verfertigt worden sind, diese in einen Hauptrotul gebracht werden müßten, wie von Manchen [598]), behauptet wird, ist nicht nöthig; vielmehr werden nur die von demselben Richter aufgenommenen Zeugenaussagen für den Beweis und den Gegenbeweis, für jeden in einen besonderen Rotul gebracht, während die Aussagen der auf Requisition von einem fremden Richter aufgenommenen Zeugenaussagen gewöhnlich in der beglaubten Form, in welcher sie der fremde Richter dem Proceßgerichte mitgetheilt hat, zu den Acten genommen werden. Ein von einem Notar gefertigter Rotul muß in der gewöhnlichen Form eines Notariatsinstrumentes abgefaßt werden. Weichen die Protocolle über die Zeugenvernehmungen und der Rotul von einander ab, so gebührt den ersteren als dem Original, aus welchen erst der Rotul als Abschrift gefertigt worden ist, unbedingt der Vorzug [599]). Damit die Parteien nicht zu früh und vor völlig vollendeter Beweisführung von den Aussagen der Zeugen Kenntniß erhalten, wird der Rotul, und zwar mit den Protocollen zusammen [600]), entweder mit dem Gerichtssiegel besiegelt zu den Acten gelegt, oder in dem dazu etwa bestimmten verschlossenen Behältniß aufbewahrt [601]). Sobald die Beweisführung und die etwaige Gegenbeweisführung vollkommen geendigt ist, setzt der Richter von Amtswegen, oder auf Anrufen einer Partei [602]) einen Termin zur Eröffnung des Rotuls (terminus publicandarum attestationum) an. Auf diesen werden die streitenden Theile mit der Verwarnung vorgeladen, daß in dem Falle des Ungehorsams nichts desto weniger mit

---

597) Danz, ordentl. Proceß §. 389, N. b.

598) Danz a. a. O.

599) Claproth, ordentl. Proceß II, §. 286 a. E. Bayer, ordentl. Proceß §. 288.

600) Claproth a. a. O.

601) Committirte oder requirirte Richter haben an den Committenten oder Requirenten das Zeugenprotocoll oder den Zeugenrotul versiegelt zu übersenden und dabei zu bemerken, wie viel Glaubwürdigkeit den Zeugen nach ihrem Ermessen beigelegt werden dürfe. Cap. 3. i. f. X. III. 22. Letztere Bemerkung wird aber gewöhnlich nicht hinzugefügt; dem Verfasser dieses Artikels ist aus seiner langjährigen Erfahrung kein Fall einer solchen Bemerkung vorgekommen.

602) Cap. 30. X. II. 20. Jüngster Reichsabsch. §. 54. „Nach Verscheinung der Zeit, so zum Beweißthum gegeben worden, soll in dem vierten Termino der Kläger (auch respective der Verantworter, wenn derselbe Gegenbeweißthum geführt hat), sobald die Ordnung dessen Procuratorn betreffen würde, Publication und Oeffnung der Zeugen-Sag und Kundschafft, so durch ihn geführt worden, begehren."

Digitized by Google

der Eröffnung verfahren werden solle. Die erlassene Ladung zur Eröffnung des Rotuls ist eine blos monitorische, welche eine Verbindlichkeit zum Erscheinen nicht mit sich führt. Wenn daher auch gleich eine Partei oder beide Parteien im Termine nicht erscheinen, so wird doch mit der Eröffnung verfahren, und die Mittheilung der Abschriften des Rotuls vertritt dann die Stelle der Publication. An die Publication der Zeugenaussagen ist übrigens die wichtige Folge geknüpft, daß nach derselben selbst dann, wenn keine peremtorische Beweisfrist bestimmt worden und folglich aus diesem Grunde noch der Versuch eines besseren Beweises zulässig wäre, doch über diejenigen Punkte, über welche bereits Zeugen vernommen worden sind, keine neuen Zeugen mehr vorgeschlagen werden dürfen. Nach römischem Processe wurden die Zeugen in Gegenwart der Parteien vernommen und das Vernehmungsprotocoll den Parteien mitgetheilt. Von Justinian konnten die Zeugen auch mehrmals vorgeführt und vernommen werden. Dieses wiederholte Vorführen und Vernehmen der Zeugen erschien dem Kaiser bedenklich und er beschränkte es daher dahin: daß, wenn Jemand schon drei Mal Zeugen vorgeführt und der ferneren Vernehmung entsagt und das Vernehmungsprotocoll schon erhalten habe, die von ihm verlangte nochmalige Vorführung von Zeugen unzulässig sein solle. Dafür giebt der Kaiser den Grund an: weil bei dieser vierten Production der Verdacht vorhanden sei, daß, wenn die früheren Zeugen etwas ausgelassen haben, und dieses durch ihre Aussagen bekannt geworden sei, der Producent nicht sowohl eine neue Vorführung von Zeugen, als vielmehr Zusätze von vorher nicht vernommenen, oder Verbesserungen schon vernommener Zeugenaussagen verlange. Mit diesem Grunde folgerichtig, verfügt der Kaiser weiter: wenn aber der Producent weder selbst, noch einer seiner Sachwalter die Zeugenaussagen erhalten habe, noch mit denselben bekannt geworden sei, sondern der Gegner allein sie erhalten und Einreden vorgebracht, sie aber demjenigen, welcher schon drei Mal die Zeugen vorgeführt, nicht herausgegeben habe, damit nicht der Producent, mit den Einreden bekannt geworden, das Fehlende den Zeugnissen zusetze, dann sei dem darum bittenden Producenten auch eine vierte Vorführung der Zeugen zu gestatten, wenn er vorher einen genau vorgeschriebenen Eid leiste[603]). Die Beschränkung der Zeugenproductioa ist unbestreitbar nur für den Producenten, nicht für den Producten angeordnet. Das kanonische Recht ist dem römischen hier im Wesentlichen nachgebildet, und es war, meistens mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das römische Recht, verordnet, daß nur drei Mal Zeugen sollten producirt werden dürfen und daß eine vierte Production nur unter Beobachtung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Feierlichkeiten zulässig sei[604]), und diese, in dem durch Justinian's Nov. 90. cap. 4. eingeführten Eide

603) Nov. 90. cap. 4.
604) Cap. 15. X. II. 20. (Alexander III.)

Digitized by Google

bestehende Feierlichkeit wurde ausdrücklich von Gregor IX. wieder hervorgehoben[605]). Auch die Bestimmung des römischen Rechtes, wonach, wenn bei der ersten oder zweiten Zeugenproduction die Parteien concludirt hatten, schon eine zweite, beziehungsweise dritte Production unzulässig war[606]), wird im kanonischen Rechte oftmals wiederholt[607]), sowie auch gewahrt ist, daß bei der Reception der Zeugen die Gegenwart beider Theile nicht nothwendig ist, sondern es genügt, wenn geladen wurde[608]). Daneben findet sich aber der Gegenstand im kanonischen Rechte, bei Gelegenheit der Entscheidung verschiedenartiger Fälle, specieller entwickelt. Hiernach konnte eine neue Zeugenvernehmung auch nach Publication des Vernehmungsprotocolles regelmäßig nicht statt finden[609]), auch nicht in höherer Instanz[610]), ausgenommen, wenn die frühere unvollständig vorgenommen worden[611]) oder verloren gegangen war[612]). Bei allen diesen Beschränkungen wurde aber vorausgesetzt, daß es sich um denselben Beweissatz und um dasselbe Beweisführungsstadium handele; dann kamen neue zulässige Thatsachen zur Frage, oder solche, worüber Zeugen überhaupt noch nicht vernommen worden waren, dann stand der Umstand, daß schon Zeugenbeweis geführt, concludirt, und das Vernehmungsprotocoll publicirt war, einer ferneren Zeugenvernehmung nicht entgegen. In dieser Beziehung hat das kanonische Recht sich wiederholt und bestimmt ausgesprochen[613]). Die in den in

---

605) Cap. 55. X. II. 20. „Ultra tertiam productionem non debent testes ulterius produci in causa, nisi praestito ab eo, qui hoc postulat, iuramento, quod neque per se, neque per alium, testificata subtraxerit, vel fuerit percunctatus, nec per dolum, aut artem aliquam quartam productionem exposcat; sed quia quos desiderat de novo producere, prius habere nequivit." Vgl. cap. 36. X. eod.

606) Nov. 90. cap. 1. §. 1.

607) Cap. 17. 18. 19. 25. X. II. 20.: „testibus renunciare."

608) Cap. 41. X. II. 20.

609) Cap. 17. 29. 35. 36. 38. X. II. 20. Clem. 2. de testibus II. 8.

610) Cap. 17. X. II. 20. Clem. 2. II. 8.

611) Cap. 48. X. II. 20. Vgl. cap. 52. X. eod.

612) Cap. 15. X. II. 19.

613) Cap. 17. X. II. 20. (Alexander III.): „Fraternitatis tuae literis nos consulere voluisti, utrum recipiendi sint novi testes super quaestione iudicata, in que testibus renunciatum constet utrinque. Et an testibus in prima causa receptis propter causam appellationis liceat super quaestionibus iudicatis aliquid novi proponere: duximus tibi respondendum, quod in appellationis causa, si nova contigerit emergere capitula, super quibus aliqua pars voluerit novos testes inducere, vel per iam receptos aliquid comprobare, eos credimus posse recipi super novis duntaxat capitalis, receptio prius ab ipsis, secundum formam recipiendorum testium, iuramentis." Cap. 19. X. eod. (Alexander III.): „Causam, quae vertitur inter vos, et Plebanum, et clericos sanctae Mariae de Martura, commisimus iudicibus terminandam: cumque utraque pars in eorum esset praesentia constituta, et testes essent hinc inde recepti, et eis ab utraque parte renunciatum, et attestationes etiam publicatae, iudicibus ipsis mandavimus, ut super aliis capitulis, si qua alia fuerint ab his, super quibus testes recepti sunt, et eorum attestationes publicatae, testes (si qui idonei producti fuerint) recipiant, et concordia vel iustitia mediante decidant."

Digitized by Google

der Note angeführten Stellen erwähnten nova capitula waren aber die Beweissätze nicht, wenn sie überhaupt schon Gegenstand der Zeugenvernehmung in diesem Proceßstadium gewesen, und nur der wiederholt oder neu zu producirende Zeuge über dieses Capitel noch nicht vernommen worden war[614]). Unter der nova capitula kann aber auch nicht der Fall mit begriffen sein, wenn derselbe Beweissatz nunmehr als Thema eines Gegenbeweises benutzt werden sollte[615]). Wenn auch die von Linde dafür angeführte Stelle[616]) allerdings von einem eigentlichen und unmittelbaren Gegenbeweise spricht, so sagt sie doch mit keinem Worte, daß derselbe nach Publication der Zeugenaussagen noch zulässig sein solle, sondern ist[617]) so zu verstehen, wie schon die Glosse in der Summa zu der angeführten Stelle sich ausspricht: „potest reus producere testes ad probandum contrarium, quod actor probavit, si publicatio attestationum non est facta." Das Resultat ist, daß, weil in der Regel nach Publication der Zeugenaussagen kein Zeugenbeweis über dieselbe Thatsache vorkommen soll, der Producent, wenn er Veränderungen an seinem Beweise, sofern diese in Ermangelung einer vorgeschriebenen peremtorischen Beweisfrist noch zulässig sind, vornehmen, oder sofern dies zulässig ist, weiteren Beweis über dieselben Thatsachen unternehmen will, und der Product, wenn er einen eigentlichen und unmittelbaren Gegenbeweis in Betreff derselben Thatsachen führen will, gegen die Eröffnung des Zeugenrotuls protestiren müssen. Diese Protestation geschieht gewöhnlich schriftlich, und es ist ihre Einlegung vor dem anberaumten Termine räthlich, damit dessen Aussetzung dem Gegner bei Zeiten bekannt gemacht werden könne. Dagegen schadet die Eröffnung des Zeugenrotuls nicht, wenn über neue Thatsachen, sofern diese noch jetzt als Gegenstand eines Hauptbeweises oder als Grundlage eines künstlichen Hauptbeweises oder Gegenbeweises[618]) zulässig sind, Beweis durch Zeugen geführt werden soll, oder wenn die schon verhörten Zeugen, weil sie dunkel oder unvollständig ausgesagt haben, oder die Aussagen verloren gegangen sind[619]) oder das Verhör nachlässig aufgenommen ist, nochmals abgehört werden sollen[620]). Macht keine Partei gegen die Eröffnung der Zeugenaussagen Einwendungen, so schreitet der Richter zu dieser dadurch, daß er den Rotul in Gegenwart der Parteien oder auch nur einer Partei, oder auch in Abwesenheit beider, da die Ladung eine blos monitorische ist, entsiegelt oder aus dem verschlossenen Behältniß herausnimmt, ihn offen zu den Acten legt, daß

614) Cap. 29. X. II. 20. (Innocenz III.)
615) A. M. ist Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 11, S. 144 flg.
616) Cap. 26. X. II. 20.
617) Vgl. Böhmer, Ius eccl. Prot. Lib. II. Tit. 20. §. 43. Schmid, Handb. des Civilproc. Bd. 2, S. 140, N. 10.
618) Cap. 19. 25. 36. 42. 46. 50. X. II. 20. und cap. 35. X. eod. Vgl. Linde a. a. O. S. 147 flg.
619) Cap. 15. X. II. 19.
620) Cap. 48. 53. X. II. 20.

Digitized by Google

dieſes geſchehen, regiſtriren läßt, und ſodann den Parteien Abſchriften von dem Rotul verſtattet. Die Vorleſung des Rotuls iſt heutzutage nicht mehr üblich. Bei manchen Gerichten unterbleibt die Eröffnung ganz, da ſie kein weſentliches Stück des gerichtlichen Verfahrens iſt und daher aus ihrer Unterlaſſung keine Nichtigkeit entſteht. Unterbleibt die Eröffnung, ſo wird beiden Theilen der Rotul in Abſchrift mitgetheilt [621]). — Schon früher iſt bemerkt worden, daß nach den Grundſätzen des gemeinen Proceßrechtes die Beweiskraft des Zeugniſſes durch die Heimlichkeit des Zeugenverhöres bedingt iſt. Der entgegengeſetzte Gedanke herrſcht in den Geſetzgebungen, welche Oeffentlichkeit des Verhöres vorſchreiben, inſofern ſie eben die Oeffentlichkeit als weſentliche Bedingung für die Glaubwürdigkeit des Zeugniſſes anſehen. Es fragt ſich nun, wenn der um Zeugenvernehmung vom Proceßgerichte requirirte Richter nicht die Zeugen in der bei dem Proceßgerichte, bei welchem das geheime Zeugenverhör gilt, geſetzlichen Form, ſondern in den auf Oeffentlichkeit des Verhöres berechneten Formen ſeines Landes vernommen hat, was dann Rechtens ſei? [622]) Als allgemeine Regel ſtellt Mittermaier [623]) mit Recht den Grundſatz auf: „Iſt von den Rückſichten die Rede, welche auf die Beweiskraft des Actes ſich beziehen, der im Auslande vorgenommen worden iſt, ſo können nur die Geſetze des Ortes, wo der Proceß entſchieden werden ſoll, entſcheiden.“ Uebereinſtimmend hiermit ſagt Martin [624]): „Daß die ganze Beweisführung in einem Rechtsſtreite nicht nur in Anſehung der äußeren Form, ſondern auch hauptſächlich in Anſehung der Zuläſſigkeit und Wirkung der Beweismittel lediglich zu beurtheilen iſt nach den Proceßgeſetzen des Gerichtes, bei welchem der Beweis geführt wird.“ Gilt nun die bei dem Gerichte, wo der Proceß geführt wird, angenommene Form des Zeugenverhöres als weſentlich für die Beweiskraft des Zeugniſſes, ſo folgt mit Nothwendigkeit, daß auswärtige, nach einer anderen Form verhörte Zeugen nicht dadurch glaubwürdig werden können, daß der ſie verhörende Richter nur nach ſeinem Geſetze, nicht aber nach dem Geſetze des requirirenden Richters verfahren zu müſſen geglaubt hat. Mittermaier behauptet zwar: „Daß der requirirte Richter ſelbſt nur an die Geſetze ſeines Landes gebunden iſt, alſo keinen Auftrag annehmen kann, welcher ihn nöthigt, proceſſualiſche Handlungen auf andere Art, als ſein Geſetz es geſtattet, vorzunehmen“ [625]). Allein diejenigen

---

621) Danz, ordentl. Proceß §. 393, N. a. Linde, Civilproc. § 270, N. 12.

622) Wir haben ſchon in dem Artikel Proceß Bd. VIII, S. 594, N. 93 eine hierauf bezügliche Anſicht Mittermaier's referirt, kommen aber nochmals wegen des von Duhn im Archiv f. civil. Praxis Bd. 42, S. 44 flg. dagegen Bemerkten darauf zurück.

623) Im Archiv f. civil. Praxis Bd. 13, S. 310.

624) Vorleſungen über den gem. teutſchen Proceß Bd. 1, S. 99.

625) Im Archiv Bd. 13, S. 308. Siehe auch den Artikel Proceß a. a. O.,

Gesetze eines Landes über Beweisformen, an welche der Richter „gebunden" ist, beziehen sich nach der Natur der Sache doch immer nur auf die von ihm selbst zu beurtheilenden Beweisformen, auf die Formen des Beweises in den Processen, welche er selbst entscheiden soll. Es wird aber schwerlich in einem Lande ein Gesetz geben, welches dem Richter nicht gestattete, den Gerichten anderer Länder, in denen andere Beweisformen gelten, unter Beobachtung ihrer Formen Rechtshilfe zu gewähren. Ist aber durch kein Gesetz seines eigenen Landes einem Richter geboten, die Anwendung der Formen des requirirenden Gerichtes zu verweigern, so kann doch durch die Einseitigkeit des requirirten Richters eine solche Weigerung vorkommen. Die Consequenz der oben angegebenen Grundsätze würde für einen solchen Fall nach gemeinem teutschen Proceßrechte dahin führen, ein nach anderen Formen vorgenommenes Zeugenverhör ohne weiteres als nichtig und die Rechtshilfe als verweigert anzusehen. Es bleibt hier die Intercession bei dem dem requirirten Richter vorgesetzten Obergerichte oder, wenn auch diese fruchtlos sein sollte, die Intercession auf diplomatischem Wege übrig, um den requirirten Richter zur Vornahme des Zeugenverhöres in der bei dem requirirenden Richter giltigen Form zu veranlassen. Sollte die Weigerung des requirirten Richters, das Zeugenverhör nach der bei dem requirirenden Richter geltenden Form, vorzunehmen, durch einen Widerspruch der Partei, welche bei dem requirirenden Richter den fraglichen Beweis zu führen hat, veranlaßt worden sein und in dessen Folge der requirirte Richter das Zeugenverhör nach der in den Gesetzen seines Landes vorgeschriebenen Form vorgenommen haben, so müßte allerdings jene Partei das Zeugenverhör auch in dieser Form als giltig anerkennen, da sie schuldig war, für ihre Person sich nach den bei dem Proceßgerichte bestehenden Gesetzen zu richten und nicht geflissentlich durch ihre Handlungen die Beobachtung der bei dem Proceßgerichte giltigen Formen zu verhindern.

f) Hauptverfahren. Die erste Grundlage dieses Verfahrens enthält das kanonische Recht [626]). Weiter ausgebildet ist es durch die Reichsgesetzgebung [627]). In dem Decret, wodurch der Richter den Parteien die Zeugenaussagen mittheilt, setzt er zugleich eine nach Größe des Zeugenrotuls und nach Gelegenheit der Sache zu bemessende Frist, innerhalb welcher der Product die Beweisanfechtungsschrift (Impugnationsschrift) einzureichen hat. Diese Schrift, in welcher zugleich die im

---

welcher nach dem von Duhn a. a. O. Bemerkten hiermit berichtigt wird. Dieser Schriftsteller führt auch mehrere interessante Fälle aus der Praxis der Lübeck'schen Gerichte an.

626) Cap. 15. X. II. 20.: „Et super dictis testium, cum fuerit publicato, publice potest disputari."

627) Jüngster Reichsabsch. §. 86, 87 vgl. mit der Kammergerichtsordn. v. 1500 Tit. 12, §. 6, v. 1555 Th. III, Tit. 18 flg. Reichsabsch. v. 1570 §. 97. Deputationsabsch. v. 1600 §. 135.

Digitized by Google

Productionsverfahren noch nicht erledigten Beweiseinreden erörtert werden, wird dem Producenten, ebenfalls unter Bestimmung einer Frist zur Einreichung seiner Beweisausführungsschrift (Salvationsschrift, Deductionsschrift) mitgetheilt. Sofern nicht die Beweiseinreden eine duplicirende Erklärung des Producten verlangen, ist mit der Deductionsschrift das Verfahren beendigt. Einen wesentlichen Theil des Verfahrens bildet das Hauptverfahren nicht; nöthig ist es nur dann, wenn der Product die im Productionsverfahren noch nicht erledigten Beweiseinreden weiter auszuführen oder zu bescheinigen gedenkt, oder überhaupt die Beweiseinreden sich für das Hauptverfahren vorbehalten hat. Dem Hauptverfahren können beide Theile nach Willkür entsagen.

Heimbach sen.

Zinsen [1]) (usurae) sind Leistungen vertretbarer Sachen als Vergütung für die Benutzung einer Quantität gleicher Sachen, der Hauptschuld, welche mit dieser der Summe und der Zeit nach in einem gewissen Verhältnisse stehen [2]). Zinsen setzen 1) immer eine schuldige Quantität vertretbarer Sachen voraus, welche das Kapital, Hauptgeld, Hauptstamm, lateinisch sors [3]), caput [4]), summa crediti [5]), debiti

1) Quellen: Dig. lib. XXII. tit. I. Cod. lib. IV. tit. 32. Die Literatur s. bei Glück, Erl. der Pand. Bd. 21, S. 3, N. 5. Unter den daselbst bemerkten Schriften sind auszuzeichnen Donellus, Tract. de usuris, in Opp. prior. Frcf. ad Moen. 1589. Salmasius, liber de usuris. Lugd. Bat. 1638. Salmasius, liber de modo usurarum. Frcf. ad Moen. 1639. Salmasius, Diss. de foenore trapezitico in tres libros divisa. Frcf. ad Moen. 1640. Noodt, de foenore et usuris libri tres. Lugd. Bat. 1698. (in Opp. Lugd. Bat. 1735.) T. I. p. 175 sq. Benutzt für diesen Artikel ist vorzüglich Glück Bd. 21, S. 3—150.

2) Das Wort usura, von uti abstammend, bezeichnet auch den Gebrauch, welcher von einer Sache, insbesondre vom Gelde, einem Anderen gestattet wird. In dieser Bedeutung kommt es vor bei Cicero, Tuscul. disput. Lib. I. cap. 39. In der Bedeutung von Zinsen kommt das Wort usura im Singularis auch vor, gewöhnlich aber im Pluralis. Fälle des Singularis sind L. 121. D. 50. 16. „Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est." Isidor. Orig. Lib. 5. cap. 25. „Usura est incrementum foenoris, ab usu aeris crediti nuncapata." Varro, de ling. lat. Lib. IV. fin. „Compendium, quod, cum compenditur, una sit: a quo usura, quod in sortem accedebat, impendium appellatum: quae cum accederet ad sortem, ex usu usura dicta." Statt usura in der letzten Bedeutung war ursprünglich das Wort foenus gebräuchlicher (Noodt, de usuris Lib. I. cap. 2. init. führt dafür mehrere Stellen des Cato und Plautus an), worunter häufig das verzinsliche Darlehn oder die verzinsliche Schuld selbst, gewöhnlich aber die Zinsen verstanden wurden. Cornelius Nep. Att. cap. 9.: „Pecuniam sine foenore ei credidit." Plaut. Mostellar. Act. III. Sc. 1. v. 1 sq. Cic. de senect. cap. 15. L. 4. §. 1. D. 22. 2. L. 24. pr. D. 33. 2. L. 42. §. 2. D. 24. 3. L. 58. §. 2. D. 36. 1. Doch wird das Wort foenus nur von solchen Zinsen gebraucht, welche bei dem Ausleihen des Geldes bedungen worden sind; von anderen Zinsen wird es niemals, sondern immer das Wort usura oder vielmehr im Pluralis usurae gebraucht. Vgl. Glück, Erläut. der Pand. Bd. 21, S. 2—7.

3) L. 24. D. 19. 5. L. 3. 4. Th. C. II. 33.

4) L. un. fin. Th. C. IV. 19.

5) L. 1. Th. C. II. 33.

Digitized by Google

quantitas[6]) genannt wird. Bei anderen nicht vertretbaren Sachen können Zinsen nur dann vorkommen, wenn die Sache zu einem bestimmten zinsbaren Preise geschätzt worden ist[7]). Das Kapital kann entweder in Gelde oder in andern fungibeln Sachen bestehen, z. B. Getreide, Wein, Oel. Daher sind die Zinsen entweder Geldzinsen, usurae pecuniae, oder Fruchtzinsen, usurae specierum[8]). 2) Zinsen werden für den Gebrauch einer schuldigen Quantität fungibler Sachen entrichtet[9]). Der Schuldner muß nicht nothwendig diesen Gebrauch selbst gemacht haben; es genügt, wenn der Gebrauch möglich war. Auf Seiten des Gläubigers sind zwar die Zinsen eine Vergütung für den entbehrten Gebrauch[10]); sie können aber auch ein Gewinn und Belohnung für die übernommene Gefahr des Kapitals sein, wie bei dem nauticum foenus. 3) Zinsen werden in der Regel in Sachen derselben Art gegeben, in welchen das Kapital besteht. Denn sie sind eine accessio und additamentum sortis[11]). Von einem in Gelde bestehenden Kapital werden daher die Zinsen in Gelde bezahlt; besteht aber die Hauptschuld in Früchten, so werden auch die Zinsen in solchen entrichtet. Es ist aber eine Abänderung durch Vertrag zulässig. Bei einem in Gelde bestehenden Kapitale kann nämlich verabredet werden, daß statt der Zinsen in Gelde eine Quantität Getreide oder Wein gegeben werden solle[12]); auch kann der Schuldner dem Gläubiger die Nutznießung eines Grundstückes[13]) oder die Bewohnung eines Hauses statt der Zinsen gestatten[14]). Nur bei einem Fruchtkapital verhält es sich anders. Denn nach einem Rescript des Kaisers Philippus sollen von einem Fruchtkapital die Zinsen auch in Früchten entrichtet werden; als Grund dieser Bestimmung wird der ungewisse und unbeständige Preis der Früchte, welcher bald steigt, bald fällt, angegeben[15]). — Daß sowohl das mosaische als das kanonische Recht das Zinsennehmen verbieten, diese Zinsverbote aber in Teutschland außer Anwendung sind, ist bereits an einem anderen Orte dieses Werkes bemerkt worden[16]).

Entstehungsgrund der Zinsen. Zinsen sind kein natürliches Erzeugniß, wie Früchte, sondern sie erfordern einen äußeren Rechts-

---

6) L. 1. Th. C. II. 33.

7) Beispiele in L. 3. §. 4. L. 17. §. 8. D. 22. 1. L. 8. C. IV. 2. L. 25. C. IV. 32.

8) Species heißen hier so viel wie Früchte. L. 26. §. 1. C. IV. 32. „vel specierum foenori dationibus." L. 1. Th. C. II. 33.

9) L. 16. §. 1. D. 22. 1. L. 60. D. 17. 2. L. 58. §. 6. D. 36. 1.

10) L. 17. §. 3. D. 22. 1. L. 13. §. 20. D. 19. 1.

11) L. 70. §. 1. D. 31. L. 23. C. IV. 32. L. 3. C. IV. 28. L. 24. C. V. 37.

12) L. 16. C. IV. 32.

13) L. 17. C. IV. 32.

14) L. 11. §. 1. D. 20. 1. L. 14. C. IV. 32.

15) L. 23. C. IV. 32. „Oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamentum usurarum eiusdem materiae suasit admitti."

16) Vgl. den Artikel Wucher Bd. XV, S. 54 flg.

Digitized by Google

grund, welcher den Schuldner zur Bezahlung der Zinsen verpflichtet [17]). Die römischen Juristen stellen rücksichtlich der Entstehungsart einander gegenüber Zinsen, quae in obligatione sunt, und quae in obligatione non sunt, sed officio iudicis continentur [18]). Sie erkennen hiernach zwei Hauptgründe der Verbindlichkeit zu Zinsen an, I. obligatio, wenn sich der Schuldner selbst freiwillig durch Eingehung eines Contractsverhältnisses zur Zahlung von Zinsen verbindlich gemacht hat; II. officium iudicis, die Befugniß der Richters, dem Gläubiger in Gemäßheit der Gesetze Zinsen zuzuerkennen, ohne daß der Schuldner sich freiwillig dazu verpflichtet hat. I. Eine obligatio entsteht: 1) durch Vertrag, welcher Stipulation [19]) oder ein pactum contractui bonae fidei adiectum sein kann [20]). Ein pactum nudum wirkte in der Regel keine obligatio [21]), sondern schloß nur die Zurückforderung der schon bezahlten Zinsen aus [22]). 2) Durch Antritt einer Erbschaft aus einem letzten Willen, worin der Erblasser dem Erben auferlegt, die Zinsen des Vermächtnisses bis zu dessen Auszahlung zu entrichten [23]), wodurch eine obligatio quasi ex contractu entsteht [24]). II. Das officium iudicis ist in allen Fällen wirksam, in welchen der Richter gesetzlich berechtigt ist, neben der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auch auf die Zinsen zu erkennen, z. B. wegen Verzuges, oder wegen der Billigkeit, oder wegen besonderer Begünstigung des Gläubigers u. s. w. Zinsen, welche officio iudicis zuerkannt wurden, konnten jedoch nur mit der Hauptklage in dem iudicio bonae fidei gefordert werden [25]). Mit Erlöschung der Hauptklage war daher die Zinsenforderung erloschen [26]). Beruhte hingegen der Grund der Zinsenverpflichtung auf einer obligatio, so war durch die Stipulation oder den Erbschaftsantritt eine selbstständige Klage wegen der Zinsen begründet, welche bestehen blieb, wenn auch die Hauptschuld schon getilgt war [27]).

---

17) L. 62. pr. D. 6. 1. „usura non natura pervenit, sed iure percipitur." L. 121. D. 50. 16. „Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione."

18) L. 49. §. 1. D. 19. 1. L. 54. pr. D. 19. 2. L. 58. pr. D. 36. 1.

19) Die Stipulation mußte auch zugleich die Größe der Zinsen bestimmen, widrigenfalls war sie ungiltig. L. 31. D. 22. 1. Nur bei Argentarien war nach Justinian's Bestimmung in Nov. 136. cap. 5. ein unbestimmtes Zinsversprechen wirksam und von 8 Procent zu verstehen.

20) L. 24. fin. D. 16. 3. L. 5. C. IV. 54.

21) Paul. Sent. Lib. II. tit. 14. §. 1. L. 24. D. 19. 5.

22) L. 3. C. IV. 32.

23) L. 3. §. 6. D. 33. 1.

24) §. 5. Inst. III. 27.

25) L. 54. pr. D. 19. 1. „Usurae enim in bonae fidei iudiciis, etsi non ex obligatione profluiscantur, tamen ex officio iudicis applicantur." L. 7. pr. D. 3. 5. „quia tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio." Beide Stellen sind von Paulus.

26) L. 49. §. 1. D. 19. 1. „Pretii sorte, licet post moram, soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur." (Hermogenianus.) L. 4. C. IV. 34.

27) L. 8. D. 13. 4. L. 75. §. 9. D. 45. 1.

Digitized by Google

Denn es existirte hier eine zweifache obligatio, una sortis, altera usurarum, von denen die eine die andere nicht aufhebt. Ursprünglich konnten Zinsen allein durch obligatio entstehen, und zwar nur durch Stipulation. Zur Zeit des Freistaates findet sich keine Spur von officio iudicis zuerkannten Zinsen. Labeo war, wie Pomponius erzählt[28]), der erste, welcher den socius, welcher in der Ablieferung des von ihm für die Gesellschaft gemachten Gewinnes an die Gesellschaftskasse säumig ist, zur Vergütung von Zinsen davon, blos als eines Interesse an die Geschaftskasse für verpflichtet erachtet. Labeo trug Bedenken, die Zinsen, wegen des unter den Gesellschaftern angenommenen vertraulichen Verhältnisses[29]), als Zinsen zu betrachten, und sah sie nur als einen Ersatz für den sich zugeeigneten Nutzen an, welchen der Gesellschafter während der Zeit, zu welcher er das Geld zur Gesellschaftskasse hätte abliefern sollen, von demselben gezogen hat, und welchen er, in Betracht der unter den Gesellschaftern stattfindenden Rechtsgleichheit, zur gemeinsamen Theilung zu bringen verpflichtet ist. Daher betrachtet auch noch Pomponius zu seiner Zeit die obligatio als den einzigen Verpflichtungsgrund zur Zinsenzahlung[30]). Nach der Lehre des Labeo begründete der Verzug allein keine Verpflichtung zur Zinsenzahlung, wenn nicht der säumige Gesellschafter zugleich das Geld für sich benutzt hatte. Erst später wurde durch kaiserliche Verordnungen der Grundsatz allgemein eingeführt, daß in den iudiciis bonae fidei hinsichtlich der Zinsen das officium iudicis eben so wirksam sein solle, wie eine auf Zinsen ausdrücklich gerichtete Stipulation[31]). Dieser Satz findet sich auch bei den späteren Juristen, wie bei Ulpian[32]), und der noch jüngere Marcian nahm in seine Rechtsregeln als ganz allgemein den Satz auf: In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur[33]). Man wendete diesen Satz nun auf die einzelnen bonae fidei negotia an, nämlich auf den Kauf[34]), Pacht[35]) Depositum[36]), Mandat[37]) negotiorum gestio[38]) u. s. w. Ob bei dem Gesellschaftscontracte aus den oben erwähnten besonderen Gründen die Lehre des Labeo beibehalten worden ist, ist bestritten[39]). Diese Lehre der römischen Juristen giebt aber keine be-

28) L. 60. D. 17. 2.

29) L. 63. pr. D. 17. 2. „cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat."

30) L. 121. D. 50. 16. Siehe Note 17.

31) L. 24. D. 16. 3. „Et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio." (Papinianus.)

32) L. 34. 37. D. 22. 1.

33) L. 32. §. 2. D. 22. 1.

34) L. 19. D. 18. 6.

35) L. 17. §. 4. D. 22. 1.

36) L. 2. 4. C. IV. 34.

37) L. 10. §. 3. D. 17. 1.

38) L. 7. D. 3. 5.

39) Vgl. den Art. Verzug Bd. XII, S. 975, 976 insbesondre N. 323 dazu.

Digitized by Google

friedigende Theorie des eigentlichen Grundes der Zinsen. Denn abgesehen davon, daß das officium iudicis selbst Gründe des Rechtes oder einer rechtlich anerkannten Billigkeit voraussetzt, welche doch erst näher angegeben werden müssen, weil der Richter keine Zinsen zuerkennen kann, wenn man nicht das Recht hat, solche in Anspruch zu nehmen, kann die ganze Vorstellungsart der römischen Juristen für das heutige Recht deshalb nicht gebraucht werden, weil sie auf dem römischen, jetzt unanwendbaren Unterschiede zwischen iudicia bonae fidei und iudicia stricti iuris beruht. Man hat daher andere Theorien über die Entstehungsgründe der Zinsen aufgestellt. So hat man als solche Vertrag und Verzug aufgestellt[40]). Diese Theorie ist aber nicht erschöpfend. Folgende[41]) ist befriedigender. Zinsen können beruhen I. auf einer Willenserklärung des Schuldners. Diese kann 1) ein Vertrag sein. Dieser mußte nach römischem Rechte regelmäßig in die Form der Stipulation eingekleidet sein. Heutzutage genügt der bloße Vertrag, und es ist gleichgiltig, ob derselbe dem Hauptgeschäfte gleich beigefügt oder erst später geschlossen ist. 2) Die Willenserklärung kann auch eine einseitige sein und zwar a) Pollicitation, wenn Jemand einer Kirche oder Gemeinde außer der Hauptsumme auch noch deren Verzinsung bis zu ihrer Abtragung versprochen hat[42]); b) Antritt einer Erbschaft aus einem letzten Willen, in welchem der Erblasser dem Erben die Verzinsung einer vermachten Summe bis zu deren Auszahlung auferlegt hat[43]). II. Die Zinsen können aber auch auf gesetzlicher Anordnung beruhen, indem das Gesetz an gewisse erlaubte oder unerlaubte Handlungen des Schuldners die Folge der Verpflichtung Zinsen zu bezahlen knüpft oder ohne eine vorausgegangene unerlaubte Handlung den Schuldner aus Billigkeit oder aus Begünstigung des Gläubigers zur Zinsenzahlung verpflichtet. 1) Die Handlung des Schuldners, an welche das Gesetz die Verpflichtung zur Zinsenzahlung knüpft, kann eine erlaubte sein, z. B. muß ein Mandatar oder negotiorum gestor, welcher die erhobenen Gelder seines Principals verzinslich ausgeliehen und Zinsen davon erhoben hat, die gezogenen Zinsen erstatten[44]). 2) Die Handlung kann aber auch eine unerlaubte sein. Dahin gehört a) Verzug in Abtragung der Schuld, daher Verzugszinsen. Da von diesen und von der Ausnahme, wo selbst der Verzug keine Zinsenverpflichtung begründet, schon anderwärts gehandelt worden ist, so ist darauf zu verweisen[45]). b) Unbefugte Verwendung fremder Gelder zu eigenem Nutzen. Aus diesem Grunde sind zur Zinsenzahlung gesetzlich verpflichtet der Gesellschafter[46]), Depositi-

40) So Westenberg, Princ. iur. sec. ord. Digest. Lib. XXII, tit. 1. §. 11. Hellfeld, Iurispr. for. Lib. XXII. tit. 1. §. 1130.

41) Vgl. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 6, §. 268, 269.

42) L. 10. D. 50. 12.

43) L. 3. §. 6. D. 33. 1.

44) L. 19. §. 4. D. 3. 5. L. 10. §. 3. D. 17. 1.

45) Vgl. den Artikel Verzug Bd. XII, S. 973—981.

46) L. 1. §. 1. D. 22. 1.

Digitized by Google

tar[47]), Mandatar[48]) sowie jeder andere Geschäftsführer oder Verwalter öffentlicher oder Privatgelder[49]), besonders auch der Vormund[50]), wenn sie gemeinschaftliches bezüglich fremdes Geld zu eigenem Nutzen verwendet haben. c) Versäumung bei Eintreibung und zinsbarer Anlegung der einem Verwalter fremder Geschäfte anvertrauten Gelder. Aus diesem Grunde sind zu Zinsen gesetzlich verpflichtet Verwalter städtischen Vermögens[51]), Procuratoren[52]), negotiorum gestores[53]), Vormünder[54]). 3) Gesetzlich anerkannte Billigkeit. Darauf beruht a) die Verpflichtung des Käufers zur Verzinsung des Kaufgeldes, wenn er gleich dasselbe aus einem rechtmäßigen Grunde zurückzuhalten befugt wäre[55]); b) die Verpflichtung desjenigen, zu dessen Besten ein Anderer sein Geld verwendet hat, die Auslagen dem Verwalter seiner Geschäfte mit Zinsen zu ersetzen. Hiernach können der Mandatar[56]), der nützliche Geschäftsführer[57]), der Vormund[58]) sowie auch der Gesellschafter[59]) ihre Auslagen mit Zinsen wieder fordern. 4) Besondere Begünstigung des Gläubigers. Welche Gläubiger deshalb Zinsen zu fordern berechtigt sind, ohne daß ein anderer Grund der Zinsverbindlichkeit vorhanden ist, ist bereits an einem anderen Orte dieses Werkes erörtert worden[60]). — Außer den bisher erwähnten Entstehungsgründen haben sowohl ältere, als auch neuere Juristen[61]) die Verjährung als einen besonderen Entstehungsgrund der Zinsverpflichtung angenommen, während Andere diesen Verpflichtungsgrund schlechterdings verwerfen[62]). Die Controverse ist durch eine aus Papinian's lib. 29. Quaestionum entlehnte Digestenstelle[63]) veranlaßt, namentlich durch den ersten Theil der Stelle

47) L. 28. fin. D. 16. 3.
48) L. 10. §. 3. D. 17. 1.
49) L. 38. D. 3. 5.
50) L. 7. §. 10. 12. D. 26. 7. L. 1. C. V. 56.
51) L. 17. §. 7. D. 22. 1. L. 9. pr. D. 50. 8.
52) L. 10. §. 3. D. 17. 1.
53) L. 19. §. 4. L. 38. D. 3. 5. L. 20. C. de negot. gest. II. 18. (19.) L. 24. C. IV. 32.
54) L. 7. §. 4. 11. 13. L. 15. D. 26. 7. L. 24. C. V. 37.
55) L. 13. §. 20. 21. D. 19. 1. L. 5. C. IV. 49.
56) L. 12. §. 9. D. 17. 1.
57) L. 19. §. 4. D. 3. 5. L. 37. D. 22. 1. L. 18. C. de negot. gest. II. 18. (19.)
58) L. 3. §. 1. 4. D. 27. 4.
59) L. 67. §. 2. D. 17. 2.
60) Vgl. den Artikel Verzug Bd. XII, S. 903—912.
61) Siehe die Citate bei Glück, Erl. der Pand. Bd. 21, S. 50, N. 73, 74.
62) Siehe die Citate bei Glück a. a. O. Bd. 21, S. 51, N. 75. Ueber die Frage selbst sind außer Glück besonders zu vergleichen Müller, civil. Abhandl. Th. 1, S. 232—252. Keller in Sell's Jahrb. f. histor. u. dogm. Bearbeit. des röm. Rechtes Bd. 3, S. 171—224. Sintenis, gem. Civilr. Bd. 2, §. 87, N. 4. Vorzugsweise ist die Abhandlung von Keller benutzt.
63) L. 6. pr. §. 1. D. 22. 1. (pr.) „Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur, et usurarum quaestio moveretur, Imperator Antoninus ideo solvendas usuras iudicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praesti-

Digitized by Google

(L. 6. pr. D. 22. 1.), dieser ist von den Glossatoren an bis auf unsere Zeit hinab zur Grundlage der verschiedenartigsten und zum Theil sehr wunderlicher Ansichten, benutzt worden. Es lassen sich drei Hauptrichtungen in den verschiedenen Auslegungen dieser Stelle unterscheiden. Von den Auslegern stellen nämlich I. Einige, zugleich in Hinblick auf §. 1 dieser Stelle, die Behauptung auf, 1) die eine längere Zeit hindurch fortgesetzte Zahlung von Zinsen begründe eine Vermuthung für das Dasein einer Hauptschuld, d. h. für die Verbindlichkeit des Zinsenzahlers in Ansehung des Kapitales, auf welches sich die Entrichtung der Zinsen bezog [64]). 2) Andere [65]) lassen aus der — wenigstens 10 Jahre hindurch erfolgten — Bezahlung von Zinsen statt einer solchen bloßen Vermuthung sogar die Hauptverbindlichkeit selbst entspringen. II. Die überwiegende Mehrzahl der Ausleger bezieht die angeführte Stelle nicht auf die Frage, welche Bedeutung die Thatsache langjähriger Zinsenzahlung gegenüber der Kapitalverbindlichkeit habe; sie verstehen vielmehr die Stelle von der Zinsenverpflichtung und finden darin 1) entweder die Ansicht begründet, eine mehrjährige Entrichtung von Zinsen begründe die Vermuthung für einen vorausgegangenen Zinsenverpflichtungsgrund [66]) oder 2) sie lassen aus jener Thatsache eine selbstständige, vorher nicht vorhanden gewesene Verpflichtung zur Zinsenzahlung entstehen. Die Vertheidiger dieser letzteren Ansicht weichen wieder insofern von einander ab, als sie über das eigentliche Wesen dieses Zinsengrundes, welcher aus einer mehrjähriger Zinsenzahlung entstehen soll, sehr verschiedener Meinung sind. a) Auf der einen Seite gründet man nämlich die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung auf eine Art von Verjährung und ver-

---

tisset." (§. 1.) „Imperator quoque noster Severus filiae Flavii Athenagorae, cuius bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine iussit, quod ea patrem praestitisse dotis usuras allegasset."

64) Diese Auffassung der L. 6. pr. D. 22. 1. rührt her von Duarenus, Comm. ad tit. Pand. et Cod. de usuris cap. 2. (Opp. p. 998.) und wurde nach ihm vertheidigt von Donellus, Tract. de usuris Opp. prior. Frcf. 1589. p. 11 sqq. verglichen mit seinem Comm. in tit. Cod. de usuris ad L. 7. nr. 2 sqq. (Frcf. 1622.) p. 385 sq. und ad L. 28. C. de pactis p. 52. Noodt, de usuris Lib. III. cap. 1. Voet, Comm. ad Pand. Lib. XXII. tit. 1. §. 13.

65) Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 243. med. 7 sq.

66) Diese Meinung hat von den Glossatoren an bis auf die neueste Zeit viele Vertheidiger gefunden. Nach der Glosse vertheidigen sie außer Bartolus ad L. 6. D. de usuris, Tiraquellus, Tract. de praescr. §. 1. gl. 4. vers: et haec quidem satis, Menachius, Praesumt. Lib. III. cap. 131. nr. 59. Molinaeus, Tract. de usuris qu. 20. nr. 207. Borcholten, Comm. in tit. Cod. de usuris cap. 3. nr. 56. p. 103 sq. Cuiacius, Comm. in Lib. 29. Quaest. Papin. ad L. 6. D. de usuris und Recit. solemn. ad L. 5. C. de usuris. Die Meisten mischen jedoch fälschlich die Verjährung mit bei, indem sie zur Begründung der Vermuthung eine zehnjährige Zinsenzahlung verlangen. Aus der neueren Zeit gehören hierher Westenberg, Princ. iur. sec. ord. Dig. Lib. 22. tit. 1. §. 17. Mühlenbruch, Pandektenr. §. 361, N. 13. Puchta, Pand. §. 227. Keller in Sell's Jahrbüchern Bd. 3 und Sintenis a. a. O. Auch Glück gehört hierher dem Resultate nach.

langt daher eine wenigstens zehnjährige Kapitalverzinsung[67]). b) Auf der anderen Seite geht man von dem Gesichtspunkte aus, daß in einer längere Zeit hindurch absichtlich fortgesetzten Zinsenzahlung, ähnlich wie bei der Rechtsgewohnheit, eine tacita conventio liege, welche zu fernerer Zinsenentrichtung verpflichte[68]). III. Eine andere Auslegung der L. 6. pr. D. 22. 1. folgt genau dem Buchstaben und nimmt die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung nur bei dem Erben desjenigen an, welcher längere Zeit hindurch, bis zu seinem Ableben, Zinsen entrichtete, nicht aber bei diesem selbst[69]). IV. Eine vierte Ansicht endlich beschränkt den in der L. 6. pr. cit. liegenden Rechtssatz ebenfalls auf den Erben; sie bestimmt aber diesen Rechtssatz selbst dahin, daß eine langjährige Zinsenzahlung die Vermuthung einer giltigen Verbindlichmachung begründe[70]). Von diesen verschiedenen Ansichten über den Sinn der L. 6. pr. D. cit. scheint die unter II. 1. angegebene die einzig haltbare zu sein. Der Rechtsfall, welcher dem kaiserlichen Rescripte in der Stelle zu Grunde zu liegen scheint, ist folgender. Ein Haussohn oder Sclave nimmt ein Darlehn auf und der Vater oder Herr, zu dessen Nutzen es gereicht, zahlt längere Zeit hindurch von dem Kapital Zinsen. Nach des Vaters Tode fordert der Gläubiger das Geld mit der actio de in rem verso von dessen Erben zurück, und bei dieser Gelegenheit entsteht die Frage, ob eine rechtliche Verpflichtung des Beklagten (von der Todeszeit des Erblassers an) Zinsen zu zahlen, anzunehmen sei. Der Kaiser, welchem diese Frage zur Entscheidung vorgelegt wird, erklärt den Erben für zinsenpflichtig, aus dem Grunde, weil schon der Erblasser von dem Kapital längere Zeit hindurch Zinsen entrichtet hatte. Hiernach bezieht sich die angeführte Stelle lediglich auf die Zinsenverpflichtung. Andere Juristen finden in der Stelle den Streitpunkt entschieden, ob die Thatsache langjähriger Zinsenzahlung einen Schluß auf das Dasein einer Kapitalverbindlichkeit gestatte. Nach der Ansicht dieser Ausleger ist die Stelle so zu paraphrasiren. Als der mit der actio de in rem verso auf (Kapital und) Zinsen in Anspruch genommene Erbe des Vaters oder Herrn das Dasein einer in rem versio in Abrede stellte, verurtheilte Kaiser Antonin den Beklagten zur Bezahlung von Zinsen aus dem Grunde, weil der Herr oder Vater durch langwierige Zinsenzahlung von einem Kapital, zu dessen Verzinsung der Sclave oder Sohn sich durch Stipulation verpflichtet hatte,

---

67) Dieser Ansicht sind Thibaut, Pandekten 8. Ausg. §. 192. Gesterding, Irrthümer der Rechtsgelehrten Abhandl. 1. Schweppe, röm. Privatr. Bd. 1, §. 194.

68) S. Müller, civil. Abhandlungen Nr. 6.

69) Diese Ansicht vertheidigte zuerst Faber, Coniect. iur. civ. Lib. VII. cap. 8 sq., dann Schifordegher ad Ant. Fabrum Lib. I. tract. 15. cap. 103 sqq. Von den Neueren pflichten ihr bei Hufeland, Lehrb. des Civilr. Bd. 1, §. 156, N. 2, S. 482. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. 5. Ausg. Bd. 2, S. 18, §. 192, N. v. Fritz, Erläut. zu Wening Heft 3, S. 33 vgl. mit S. 30 flg.

70) Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen §. 157, N. 8.

Digitized by Google

(theils) die Vermuthung der wirklich geschehenen Nutzverwendung gegen sich begründet (theils die Zinsenstipulation des Sclaven oder Sohnes anerkannt) hatte. So erklärt diese Stelle zuerst Duarenus und nach ihm viele Andere, zum Theil mit Abweichungen, welche in der obigen Paraphrase durch Einschließungen in Parentheſen angedeutet sind. Die einfachere und consequentere Ansicht geht von der Annahme aus, daß mit der actio de in rem verso von vornherein lediglich auf Zinsen geklagt worden sei. Dabei sei die Frage angeregt worden, ob dem Vater oder Herrn, dessen Erbe jetzt auf Zinsen belangt werde, überhaupt nur eine Verbindlichkeit zur Zahlung des Kapitales obgelegen, d. h. ob wirklich eine versio in rem stattgefunden habe. Dieses sei vom Erben geleugnet, dagegen zugestanden, daß sich der Sohn oder Sclave durch Stipulation zur Zahlung von Zinsen verpflichtet habe. Darauf nun, daß der Herr oder Vater der auf diese Weise begründeten Zinsenverpflichtung lange Zeit nachgekommen, habe der Kaiser die Vermuthung der wirklich geschehenen in rem versio gestützt und demgemäß den Erben zur Zahlung der Zinsen verurtheilt. Bei einer solchen Auslegung wird zunächst das Verhältniß der Sätze: „cum de in rem verso ageretur“ und (cum) „usurarum quaestio moveretur“ unrichtig aufgefaßt. Die Bedeutung der Worte ist diese: „Als aus der in rem versio auf Rückgabe des Kapitals geklagt wurde und dabei incidenter die Frage, wie es sich mit den Zinsen verhalte, streitig wurde.“ War die Klage des Gläubigers zunächst und hauptsächlich auf das Kapital gerichtet und gerade die Existenz der Hauptverpflichtung (der in rem versio) unter den Parteien streitig, so ist es unerklärlich, wie der Kaiser, statt zunächst und vor Allem über die Verpflichtung des Erben zur Bezahlung des Kapitales zu entscheiden, sich blos über den Zinsenpunkt aussprechen konnte; unerklärlich umsomehr, als, wenn die Hauptverpflichtung des Erben feststand und über das vorhergegangene Zinsenversprechen kein Zweifel herrschte, der Zinsenpunkt gar nicht zweifelhaft sein konnte, da der Herr oder Vater dann ganz von selbst für die Zinsen haftete[71]). Nimmt man mit den meisten Auslegern das Dasein einer in rem versio als gewiß an, so fallen die sonstigen Grundlagen der Ansicht des Duarenus von selbst zusammen. Wäre nämlich die Voraussetzung, daß ein förmliches Zinsenversprechen des Sohnes oder Sclaven vorausgegangen sei, die richtige, so wäre es, bei dem unbezweifelten Dasein einer in in rem versio, unbegreiflich, wie die Zinsenverpflichtung des Beklagten noch Gegenstand einer Anfrage bei dem Kaiser sein konnte, indem ja dann der Erbe gleich seinem Erblasser durch jenes Zinsenversprechen zur Zahlung verpflichtet war. Daß man in der langjährigen Zinsenzahlung von Seiten des Vaters eine Anerkennung des vom Sohne geleisteten Zinsenversprechens findet, und diese Anerkennung bei der Verurtheilung des Erben zur Entrichtung der Zinsen als ein Moment in

71) L. 10. §. 5. 15. 3.

Anſchlag bringt[72]), iſt noch weniger zu billigen, da es einer ſolchen Anerkennung und Genehmhaltung gar nicht bedurfte[73]). Bezieht ſich nach dem Bisherigen die L. 6. pr. D. cit. lediglich auf die Zinſenverpflichtung, ſo fragt es ſich nunmehr, in welcher Weiſe der Zinſenverbindlichkeit in der Stelle Erwähnung geſchieht, d. h. wie die Schlußworte: ideo solvendas etc. aufzufaſſen ſind. Diejenigen, welche auf eine langjährige Zinſenzahlung nicht die bloße Vermuthung einer vorausgegangenen Zinſenverpflichtung gründen, ſondern daraus die Zinſenverbindlichkeit ſelbſt ableiten, ſind wieder unter einander über Natur und Weſen dieſes Zinſengrundes uneinig. Einige führen denſelben auf eine Art ſtillſchweigenden Vertrages, welcher in einer mehrfach wiederholten Zinſenzahlung enthalten ſei, zurück, Andere behaupten, der Zinſengrund beruhe in einem ſolchen Falle auf Verjährung und verlangen demnach, auf die Worte longo tempore geſtützt, eine zehnjährige Zinſentrichtung. Gegen die Auffaſſung des longum tempus als Verjährungszeit und gegen die Verjährungsidee in dieſem Zuſammenhange iſt mit Recht geltend gemacht worden, daß in den Quellen des römiſchen Rechtes die Verjährung nirgends unter den Entſtehungsgründen der Obligationen vorkommt[74]) und von dieſer Regel eine Ausnahme bei den Zinſen zuzulaſſen um ſo bedenklicher erſcheint, als die Zinſen bei den Römern nicht in großer Gunſt ſtanden[75]). Es fehlt auch nicht an Conſtitutionen, welche einer mehrjährigen Zinſenzahlung überhaupt die Kraft abſprechen, eine Obligation hervorzubringen, ohne irgend darauf hinzudeuten, daß eine zehnjährige Dauer hierin etwas ändere. Von denjenigen Stellen, worauf ſich die Vertheidiger der Verjährungsidee zur Unterſtützung ihrer Anſicht berufen, gehört zunächſt hierher ein Reſcript des Kaiſers Antoninus in L. 1. C. VI. 42.[76]). Die ziemlich einſtimmige Annahme, daß dieſe Stelle ſich auf ein ungiltig errichtetes Vermächtniß beziehe, iſt allein richtig; denn bei einem giltigen Vermächtniſſe war der Wille des Erblaſſers hinreichender Grund zur Verpflichtung der Erben, ohne daß es einer wirklichen Vollziehung dieſes Willens weiter bedurfte; die Vollziehung konnte erſt da wichtig werden, wo ein ungiltiges Fideicommiß vorlag. Kommt der Erbe in einem ſolchen Falle freiwillig dem Willen des Erblaſſers nach, ſo wird er durch die darin liegende Anerkennung des letzten Willens verpflichtet. Daſſelbe wird in der L. 2. C. VI. 42. ausgeſprochen. Hier wird durch die Vor-

72) Wie Donellus, Comm. ad L. 7. C. de usuris nr. 4.
73) L. 10. §. 5. D. 18. 3.
74) Müller, civil. Abhandl. S. 242.
75) Glück a. a. O. S. 52.
76) „Si probaveris, Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua et vestiarium annuum praestaret, eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, i. e. non minus in tali causa triennio, ea praestitisse, ut in futurum quoque ea praestentur, et si qua in praeteritum praestita non sunt, ut exsolvantur, impetrabis.“

Digitized by Google

ausſetzung eines ungiltigen Vermächtniſſes ausdrücklich hervorgehoben und ſodann bemerkt, daß die freiwillige Leiſtung eines Fideicommiſſes, auch wenn daſſelbe nicht rechtsbeſtändig ſei, dem Empfänger ein unbeſtreitbares Recht verleihe, indem nach einer ſolchen Genehmigung der Anordnung des Teſtirers von einer Zurückforderung des geleiſteten Vermächtniſſes nicht die Rede ſeine könne. Die freiwillige Anerkennung von Seiten des Erben hebt die Ungiltigkeit der letztwilligen Verfügung auf und bewirkt für ihn eine rechtliche Verpflichtung, wo dieſelbe vorher nicht beſtand. Da nun, wo, wie in der L. 2. C. cit., das Vermächtniß ſich ganz und vollkommen auf einmal entrichten läßt, d. h. da, wo daſſelbe durch eine einzige Leiſtung erſchöpft wird, geht die Anerkennung des Erben unzweideutig und genügend ſchon aus der Einen Thatſache der von ihm wirklich geſchehenen Erfüllung hervor. Anders ſtellt ſich die Frage nach den Kennzeichen einer freiwilligen Unterwerfung unter den Willen des Erblaſſers in dem der L. 1. C. cit. zu Grunde liegenden Falle. Das Vermächtniß, von welchem es ſich hier handelt, umfaßt eine Reihe zu gewiſſen Terminen (theils monatlich, theils jährlich) wiederkehrender Leiſtungen. Es fragt ſich, wie in einem ſolchen Falle die Handlung des Erben beſchaffen ſein müſſe, um darauf die Annahme ſtützen zu können, er habe die an ſich für ihn unverbindliche Anordnung des Erblaſſers freiwillig anerkannt und dadurch dem Vermächtnißnehmer ſich vollſtändig verpflichtet. Dieſe Frage entſcheidet der Kaiſer in der L. 1. C. cit. Bei einem ſolchen Vermächtniſſe, ſagt der Kaiſer, kann die Vornahme einer einzigen aus der Reihe jener mehreren Leiſtungen nicht als hinreichend betrachtet werden. Erſt wenn der Erbe zu wiederholten Malen und eine längere Zeit hindurch („per multum temporis“) der letztwilligen Verfügung nachgekommen iſt, läßt ſich auf ſeine Abſicht ſchließen, den Willen des Erblaſſers in ſeinem ganzen Umfange zu erfüllen. Wirklich erſcheint die Forderung mehrfach bereits wiederholter Leiſtungen der Beſchaffenheit des Vermächtniſſes, wie das fragliche, durchaus angemeſſen. Das Maaß der Zeit, in welcher der Wille des Teſtirers vom Erben befolgt ſein muß, läßt der Kaiſer in der L. 1. C. cit. im allgemeinen unbeſtimmt, mit Recht, da dieſes rein von der concreten Natur des einzelnen Vermächtniſſes abhängig iſt, namentlich davon, wie weit die einzelnen Leiſtungen der Zeit nach auseinander liegen. Nur für den beſonderen ihm vorliegenden Fall beſtimmt der Kaiſer den Zeitraum von drei Jahren. Das Verhältniß liegt klar in der Zuſammenſtellung der Worte: „per multum temporis“ mit dem erläuternden Zuſatze: „id est, non minus in tali causa triennio.“ Die Zeit iſt hier lediglich inſofern von Wichtigkeit, als ſie der Beurtheilung, ob im beſonderen Falle eine wirkliche Anerkennung des Erben anzunehmen ſei, zur Grundlage dienen muß. Der wahre und alleinige Verpflichtungsgrund des Erben bleibt ſeine freiwillige Befolgung der letztwilligen Anordnung. Die Vertheidiger der Idee einer Zinſenverjährung, welche hauptſächlich in der L. 1. C. cit.

Digitized by Google

eine Stütze für ihre Ansicht zu erkennen glauben, berufen sich auf das Wort: triennium, welches, gleichwie die Worte „longum tempus" in der L. 6. pr. D. 22. 1. auf eine Verjährung hindeute, in welcher der wahre Verpflichtungsgrund des Erben zur Entrichtung des Vermächtnisses zu finden sei. Man kann zwar den klar ausgesprochenen Grundsatz[77]), daß durch freiwillige Anerkennung des Erben ungiltige Vermächtnisse giltig und verbindlich werden, nicht in Abrede stellen; man bestreitet aber, daß aus diesem Grundsatze die Entscheidung des Kaisers in der L. 1. C. cit. geflossen sei. Wenn, meinen die Gegner[78]), in der bloßen Zahlung schon eine Anerkennung läge, so würde dazu eine einmalige genügt haben. Statt dessen werde eine mehrjährige gefordert, ja sogar eine bestimmte Reihe von Jahren, in diesem Falle nämlich drei Jahre, verlangt. Es ließe sich zwar einwenden, eine einmalige Leistung sei deshalb nicht für hinreichend erachtet, weil sich daraus auf eine Anerkennung des Erben nicht habe sicher schließen lassen. Allein auch mehrfach wiederholte Leistungen ließen einen solchen Schluß nicht zu, da aus der Wiederholung einer Handlung durchaus nicht der Wille folge, in Zukunft damit fortzufahren. Wenn dennoch eine Verbindlichkeit zur Wiederholung der Handlung in der L. 1. C. cit. ausgesprochen sei, so lasse sich als die Quelle dieser Verpflichtung lediglich der Ablauf der bestimmten Zeit (des triennium) ansehen. Mit anderen Worten: die Verjährung sei der eigentliche Entstehungsgrund der Obligation des Erben. Allein durch die hier angenommene Auslegung der L. 1. C. cit. wird diese Stelle mit den übrigen von der Erfüllung ungiltiger Vermächtnisse handelnden Stellen in vollkommenen Einklang gebracht. Statt dessen reißt die gegentheilige Erklärung dieselben davon los, versagt der Thatsache der freiwilligen Anerkennung des Erben ihre wahre Bedeutung, und knüpft dafür an das Wort triennium den Begriff von Verjährung auf eine Weise, welche schon durch die vorhergehenden Worte „per multum temporis" widerlegt wird. Die letzteren Worte bezeichnen einen dem Umfange nach schwankenden, relativen Zeitraum, was der Idee der Verjährung offenbar widerspricht. Wenn nun der Kaiser für den ihm zur Beurtheilung vorliegenden Fall eine Zeit von mindestens drei Jahren fordert, so ist dieses ein bloßer Fingerzeig für den erkennenden Richter, dessen Ermessen es anheimfällt, wie oft und wie lange in einem einzelnen Falle die Leistungen erfolgt sein müssen, um eine Anerkennung des Vermächtnisses daraus ableiten zu können. Dabei muß den Richter die concrete Natur des jedesmaligen Vermächtnisses leiten, ohne daß der Ablauf der Zeit irgendwie mit dem Begriffe von Verjährung zusammenhängt. Die Vertheidiger der Verjährungsidee stützen ihre Ansicht weiter auf die vielbesprochene L. 20. C. de agricolis, censitis et colonis XI. 48. (47.)[79]). Nach der Auffassung der Gegner soll

77) L. 16. §. 1. C. VI. 23.
78) Gesterding a. a. O. S. 18.
79) „... eos tamen dicimus, qui non ex longo prolixoque tempore, vel lon-

Digitized by Google

hier der Grundsatz ausgesprochen sein, daß derjenige Colon, welcher lange Zeit (d. h. 10 Jahre) hindurch an den Eigenthümer des Grundstückes Abgaben entrichtet habe, nunmehr schon aus dieser Thatsache verpflichtet sei, mit der Bezahlung derselben in Zukunft fortzufahren. Allein nicht blos die Worte selbst, sondern der ganze Zusammenhang der Stelle spricht gegen eine solche Deutung. Die Stelle handelt, wie Justinian gleich im Anfange angiebt, von den Fällen, wo Colonen das von ihnen bebaute Grundstück als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen, und verordnet sodann, wie es während der Dauer solcher zwischen den Colonen und den Eigenthümern anhängigen Processe mit der Entrichtung der Abgaben gehalten werden solle. Zweck solcher provisorischen Maßregeln war die Sicherstellung der Herren sowohl als der Colonen in Ansehung der Prästationen für die Dauer solcher Eigenthumsstreitigkeiten. Gleich im voraus bemerkt nun aber Justinian (und dies ist der Sinn der in der letzten Note angeführten Worte), es könne von diesem Allen in den Fällen gar nicht die Rede sein, in welchen die Herren der Grundstücke den Eigenthumsansprüchen der Colonen die Thatsache einer langjährigen („longinqua"), ununterbrochenen („redituum frequentissima consequentia"), von Alters her geschehenen („inveterata") Entrichtung der Abgaben entgegensetzen und mit der darauf gestützten Einrede jene Ansprüche („colonarum impetus") sofort zurückweisen könnten („in quibus casibus — excludente"). Nach dieser Erklärung bleibt die vorliegende Frage von dieser Stelle ganz unberührt[80]). Selbst die gegentheilige, um zum Ziele zu führen, bedürfte vor Allem des Beweises, daß die Worte: „longo — tempore" hier eine Zeit von 10 Jahren bedeuteten, mithin auf die Verjährung hinwiesen. Allein der Zusatz zu dem Ausdrucke longo tempore — et prolixo beweist, daß longo tempore hier nicht in der technischen Bedeutung gebraucht wird. Darauf weist auch noch die Abwechselung mit den völlig unbestimmten Redensarten: „longinqua et inveterata susceptione" und „redituum frequentissima consequentia" hin. Nach einer weiteren, oben (sub II. 2. b.) angegebenen Ansicht soll in einer mehrjährigen Zinsenzahlung eine stillschweigende Uebereinkunft, eine tacita usurarum conventio liegen. Diese Meinung ist in der neueren Zeit besonders von Müller[81]) ausführlich dargestellt worden. Vor Allem sucht man zu beweisen, daß der stillschweigende Zinsenvertrag, welcher eine langjährige Zinsenzahlung enthalten soll, ein vollständig wirksamer, klagbarer sei; welcher Beweis

---

ginqua et inveterata redituum susceptione sufficientem habent cautelam: in quibus casibus ne contradicendi quidem licentia colonis relinquitur, longi temporis praescriptione vel redituum frequentissima consequentia colonorum impetum excludente."

80) Für diese Auslegung sprechen sich aus Cuiacius, Comm. in libros tres poster. Codicis ad L. cit. init., Faber, Coniect. iur. civ. Lib. VII. cap. 9. Schilfordegher ad Fabr. Lib. I. tract. 15. qu. 7. Glück a. a. O. S. 56.

81) Civil. Abhandl. Nr. 6, S. 232 flg.

Digitized by Google

allerdings nothwendig ist, um die L. 6. pr. D. cit. aus dem Gesichtspunkte eines stillschweigenden Vertrages zu erklären. Denn ist die fragliche tacita conventio ein bloßes nudum pactum, so läßt sich eine Forderung von Zinsen daraus nicht ableiten. Nun ist aber in der L. 6. pr. cit., wenn man diese Stelle überhaupt von einer aus langjähriger Zinsenentrichtung entstehenden Zinsenverbindlichkeit verstehen will, augenscheinlich nicht von einer bloßen naturalis obligatio, wie sie ein nudum pactum hervorbringt, sondern von einer klagbaren Obligation die Rede. Dafür daß eine klagbare Obligation aus langjähriger Zinsenzahlung entstehe, werden folgende Gründe geltend gemacht. Um eine stillschweigende Anerkennung der Zinsenverbindlichkeit durch den Schuldner annehmen zu können, sagt Müller[82]), sei es erforderlich, daß die Zinsen nicht nur nicht aus Irrthum, sondern vielmehr absichtlich gezahlt worden seien. Was den Irrthum anlange, so werde derselbe in L. 6. pr. cit. gar nicht erwähnt; die Absicht des Schuldners könne bei einer wiederholten und fortgesetzten Entrichtung der Zinsen nur darauf gerichtet sein, dieselben auch künftig zu bezahlen. Dazu komme noch, daß durch ununterbrochene Wiederholung der Zinsenzahlungen sich gewissermaßen ein Herkommen zwischen Schuldner und Gläubiger bilde, auf welches sich die allgemeine Bestimmung über Gewohnheit in L. 35. D. 1. 3. anwenden lasse. Da nun aber die Gewohnheit, als tacita conventio, an verbindender Kraft einem Gesetze gleichgestanden habe[83]), so habe man auch das Herkommen zwischen Gläubiger und Schuldner wie jeden anderen vollkommen wirksamen Vertrag behandeln müssen. Aus allem diesem erkläre sich ganz natürlich, daß der Kaiser die Zinsenverpflichtung darauf stütze, quod pater — (usuras) longo tempore praestitisset. Allein die Analogie mit dem Gewohnheitsrechte, auf welche in dieser Deduction der Beweis für die vollkommene Wirksamkeit des stillschweigenden Zinsenvertrages gestützt wird, entbehrt jeder festeren Grundlage. Denn es besteht erstens keine Aehnlichkeit zwischen einer stillschweigenden Uebereinkunft des Gläubigers und Schuldners und zwischen dem Gewohnheitsrechte, von dessen Normen gesagt wird, sie müßten gleichsam wie ein stillschweigender Vertrag der Bürger befolgt werden („veluti tacita civium conventio"). Denn die Meinung Hermogenian's bei diesem Ausspruche ist nicht die, daß die Geltung des Gewohnheitsrechtes wirklich auf einer tacita civium conventio beruhe, sondern er sagt nur so viel, daß die Ursache des Ansehens rechtlicher Gewohnheiten sich unter dem Bilde einer stillschweigenden Uebereinkunft des Volkes betrachten lasse, während der eigentliche Grund des Gewohnheitsrechtes die gemeinsame Volksüberzeugung bildet. Sodann liegt keine Berechtigung zu der Schlußfolgerung vor, daß, weil die verbindende Kraft

82) A. a. O. S. 245.

83) L. 35. D. 1. 3. „quae longa consuetudine comprobata sunt, veluti tacita civium conventio servantur."

Digitized by Google

einer lex und der consuetudo, als tacita conventio, dieselbe war, auch das Herkommen zwischen Gläubiger und Schuldner die Natur eines vollkommen wirksamen Vertrages haben müsse. Die ganze Ansicht ist überhaupt schwerlich aus den Quellen zu begründen. Im Gegentheile finden sich Stellen, welche ihr geradezu widersprechen. Am klarsten spricht sich über die angeregte Frage Kaiser Antoninus in L. 7. C. IV. 32. [84]) aus. Nach dieser Stelle muß der Gläubiger, welcher einen Anspruch auf Zinsen erheben will, sein Recht durch Beweis einer vorausgegangenen Stipulation darthun. Auf die bloße Thatsache mehrmals freiwillig erfolgter Zinsenzahlungen kann er sich nicht berufen, da dieses zur Begründung einer Zinsenverpflichtung nicht hinreicht. Man hat das Gewicht dieser Stelle dadurch aufheben wollen, daß man das Wort „aliquando" in dem beschränkten Sinne von: „bisweilen, dann und wann" auffaßte; daran knüpfte man vermöge des argumentum a contrario wohl gar die Schlußfolgerung, daß im Gegensatze zu blos aliquando geschehenen Zahlungen die Thatsache einer longo tempore wiederholten Zinsenentrichtung zur Begründung einer Zinsenverpflichtung geeignet sei [85]). Dagegen läßt sich jedoch Folgendes einwenden. Einer solchen Deutung des Wortes: aliquando widerspricht zunächst und vor Allem der ganze Geist dieser Stelle. Die volle rechtliche Wirksamkeit eines förmlichen, durch Stipulation befestigten Zinsenvertrages wird hier in Gegensatz gebracht zu der Bedeutungslosigkeit der bloßen Thatsache wiederholt geschehener Zinsenzahlungen für den Zweck der Begründung einer Zinsenobligation. Je klarer dieser Gegensatz vorliegt, um so bedenklicher wird eine Auffassung des Wortes: aliquando, wodurch jener Gegensatz aufgehoben oder doch wesentlich modificirt wird. Hätte der Kaiser bei jenem Ausdrucke an blos vereinzelte, mit Unterbrechungen erfolgte Leistungen gedacht und denselben gerade wegen dieser ihrer Beschaffenheit die Kraft absprechen wollen, eine Zinsenobligation zu erzeugen: so konnte dieses in diesem Zusammenhange nicht wohl ohne eine nähere Andeutung des Grundes und ohne die Erklärung geschehen, daß eine longo tempore geschehene Zinsenzahlung allerdings die verbindende Kraft der Stipulation besitze. Dieses Bedenken verschwindet, sobald man den fraglichen Ausdruck in dem Sinne von: einige Zeit hindurch — auffaßt, und dadurch die L. 7. cit. im Einklange mit noch anderen Stellen erhält, in welchen dasselbe Princip, und zwar für Fälle ausgesprochen wird, wo die Leistungen „aliquo tempore" und „certis annis" erfolgt sind. Hierher gehört namentlich L. 31. D. 38. 1. [86]). Auch dieser Stelle sucht man ihre Beweiskraft zu nehmen, indem man

84) „Creditor instrumentis suis probare debet quae intendit et usuras se stipulatum, si potest. Nec enim si aliquando ex consensu praestitae sunt, obligationem constituunt."

85) Müller a. a. O. S. 238.

86) „Operis non impositis manumissus, etiam si ex sua voluntate aliquo tempore praestiterit, compelli ad praestandas, quas non promisit, non potest."

Digitized by Google

die Entscheidung aus der Unzulänglichkeit des Zeitraumes, welcher durch: „aliquo tempore" ausgedrückt werde, erklärt. Allein wenn dieser Ausdruck offenbar nicht „bisweilen" — sondern „einige Zeit hindurch" — bedeutet, so bedarf es zur Würdigung jenes Einwandes nur einer Hinweisung auf die Relativität der Redeweisen longo und aliquo tempore. Ebenso entschieden, wie die beiden eben angeführten Stellen, stellt L. 28. C. II. 3.[87]) den Grundsatz auf, daß eine mehrjährige Leistung, welcher kein vollkommen bindendes Versprechen zu Grunde liegt, durchaus nicht die Verbindlichkeit erzeugen könne, in Zukunft damit fortzufahren. Zur Beseitigung dieser Stelle gebraucht man folgende Argumentation. Die Bestimmung dieser Stelle, sagt man, erscheine als ein natürliches Ergebniß bekannter Grundsätze. Wenn hier einer langjährigen Leistung die Kraft abgesprochen würde, eine Obligation hervorzubringen, welche zu ferneren Leistungen verpflichte, so sei dies um so begreiflicher, als ein nudum pactum nur eine naturalis obligatio, also keine Klage hervorbringe und die verschiedenen Leistungen in Folge des pactum doch kein neues Versprechen enthielten, vielmehr zu der vorangegangenen Obligation im Verhältnisse von Wirkung zur Ursache ständen, indem die Absicht des Leistenden blos auf Erfüllung einer wirklich vorhandenen, wenn auch nicht klagbaren Obligation, nicht aber auf Eingehung einer stärkeren Verpflichtung gerichtet sei. Schon das bloße Resultat dieser Deduction ist sonderbar. Derjenige, welcher durchaus freiwillig und ohne durch ein Versprechen veranlaßt zu sein, eine Leistung lange Zeit hindurch vornimmt, soll auch in Zukunft diese zu entrichten verbunden sein. Dagegen soll, wo jenen Leistungen ein pactum nudum vorangegangen ist, diese Wirkung wegfallen und für den Leistenden keine Verbindlichkeit entstehen. Offenbar möchte man auf den ersten Blick eher umgekehrt in dem nudum pactum ein Förderungsmittel zur Entstehung der Obligation, als ein Hinderniß dagegen erblicken. Soll und kann nun das Erstere durchaus nicht behauptet werden, so ist doch darum die zweite Ansicht ebenso verwerflich. Wenn die Gegner sich wesentlich darauf stützen, daß da, wo ein nudum pactum vorangegangen ist, die verschiedenen Leistungen lediglich als Folge und Wirkung dieses pactum aufzufassen seien, so widerlegt sich diese Meinung aus der Natur jener Vertragsart. Das nudum pactum, indem es keine Klage hervorbringt, giebt auch keinen rechtlichen Anspruch auf Erfüllung. Wird dennoch erfüllt, so ist dies eine rein freiwillige Handlung des Leistenden, durchaus unabhängig von dem vorhandenen Vertrage, zu dem er nicht in das Verhältniß von Wirkung zur Ursache sich bringen läßt. Damit stimmt die Bezeichnung in der L. 28. C. cit. überein, wo trotz jenes nudum pactum die geschehenen Leistungen ein *indebitum solutum* genannt werden. Ein solches ist mithin vorhanden, gleichviel ob den Leistungen

37) „Si certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit: ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum, qui pactum fecit, nisi placitis stipulatio intercesserit."

Digitized by Google

ein nicht klagbarer Vertrag vorangegangen ist oder ob es an einem solchen fehlt. In beiden Fällen beruhen die Leistungen durchaus auf keiner rechtlichen Verbindlichkeit und die vermuthliche Absicht des Schuldners bei Entrichtung derselben müßte daher in beiden Fällen sich auf dieselbe Weise bestimmen lassen. Diese Absicht soll in dem Willen, auch fernerhin zu leisten, bestehen, und dadurch, sowie durch wiederholte Acceptation des Gläubigers sich eine tacita conventio bilden! Wird nun aber die Möglichkeit der Entstehung einer Obligation, wie in anderen Stellen, so auch in der L. 28. cit. überhaupt in Abrede gestellt und muß zugleich, dem Obigen zufolge, der in dieser Stelle ausgesprochene Grundsatz als ein allgemeiner und durchgreifender aufgefaßt werden, so stellt sich die gegentheilige Meinung als unrichtig dar. Das Resultat ist, daß die Entstehung einer Zinsenverbindlichkeit auf dem Wege eines stillschweigenden Vertrages nach römischem Rechte zu verwerfen ist. Die Vertheidiger der Verjährungsidee, indem sie ebenfalls die Annahme der Klagbarkeit eines stillschweigenden Zinsenvertrages als unrichtig verwerfen, legen ein um so größeres Gewicht auf das Moment der Verjährung. Allein auch diesem kann man aus den früher angegebenen Gründen nicht beitreten. Noch sind zwei Erklärungen der L. 6. pr. D. cit. zu betrachten, welche darin übereinstimmen, daß sie die Wirkungen langjähriger Zinsenzahlung auf den Erben des Zahlenden beschränken, den Zahlenden selbst aber davon unberührt lassen wollen. Ueber den Grundsatz selbst, der in dieser Stelle enthalten sein soll, gehen beide Meinungen wieder auseinander, indem die Einen in der längere Zeit fortgesetzten Zinsenentrichtung eine causa obligationis finden, während die Anderen daraus die Vermuthung eines gehörigen Zinsengrundes ableiten. Zunächst soll die erste Ansicht erörtert werden, wobei zugleich diejenigen Einwendungen, welche gegen die beiden Meinungen gemeinsame, beschränkte Anwendung der L. 6. pr. auf Fälle von derselben concreten Beschaffenheit, wie der der Entscheidung des Kaisers zu Grunde liegende, sich machen lassen, vorzubringen sind. Faber[88]) stellte zuerst den Grundsatz auf: Hat Jemand bis zu seinem Tode Zinsen eines schuldigen Kapitales bezahlt, so ist sein Erbe ohne weiteres, blos aus jener Handlungsweise des Erblassers, verpflichtet, mit Entrichtung der Zinsen fortzufahren, so lange er nicht dem Gläubiger seine Absicht, das Kapital nicht zu verzinsen, zu erkennen giebt. Diese Erklärung hält genau an dem Buchstaben der Stelle fest und kommt bei dieser engen Anschließung an die Eigenthümlichkeiten des concreten Falles natürlich nur zu einem singulären Resultate. Faber selbst giebt zu, daß die von ihm aus der L. 6. pr. abgeleitete Rechtsnorm auf der Grundlage civilrechtlicher Grundsätze sich nicht hätte bilden können, daß es dazu vielmehr eines kaiserlichen Rescriptes bedurfte[89]). Bei der Vorfrage,

88) Coniect. iur. civ. lib. VII. cap. 8. 9.

89) Coniect. l. c. cap. 9. — „Quia casus hic valde singularis est. — — ne-

Digitized by Google

ob die Annahme einer solchen Singularität sich auch hinreichend rechtfertigen lasse, ist vor Allem in das Auge zu fassen, daß der Kaiser in jenem Falle als Richter zu betrachten ist und daß daher seine Entscheidung auch möglichst mit den bereits bestehenden Rechtsgrundsätzen in Einklang gebracht werden können muß. Wenn es danach nicht anzunehmen ist, er habe einen neuen Rechtssatz schaffen wollen, so könnte die Faber'sche Erklärung dieser Stelle nur darin eine Stütze finden, wenn sie sich mit anderen Rechtsnormen in Uebereinstimmung bringen ließe. Faber hat eine solche Uebereinstimmung zum Theil nachzuweisen versucht. Er legt besonderen Nachdruck auf die Worte: „ipse pater vel dominus" im Gegensatze zu dem verklagten Erben desselben. Der wahre Grund der kaiserlichen Entscheidung, meint er, liege nicht in der Thatsache der Zinsenzahlung, auch nicht in der Dauer der erfolgten Leistungen, sondern in dem erbschaftlichen Verhältnisse; zwar nicht in dem Sinne, als ob der Erblasser selbst, wenn er noch lebte, wegen seiner langjährigen Leistungen zur Fortentrichtung der Zinsen verpflichtet gewesen wäre; auch nicht, als ob der Erbe iure hereditario Verpflichtungen auf sich habe, welche dem Erblasser im Falle seines Fortlebens nicht obgelegen hätten, sondern weil anzunehmen sei, daß derjenige, welcher, so lange er lebte, Zinsen eines in seinem Nutzen verwendeten Kapitales entrichtete, solche, wenn er länger gelebt hätte, auch forthin entrichtet haben würde. Wenn es auch denkbar sei, daß der Erblasser in der Folge seinen Willen geändert hätte, so sei dies doch nicht zu vermuthen. Jedenfalls folge daraus nur, daß auch dem Erben seinen Willen zu ändern freistehe. Es liege aber darin für ihn keine Berechtigung, mit der Bezahlung von Zinsen, welche der Erblasser bis an seinen Tod entrichtete, innezuhalten, so lange er nicht dem Gläubiger seine Absicht, fernerhin das Kapital nicht zu verzinsen, förmlich kund gethan habe. Dieser ganzen Auffassungsweise und ihrem Resultate stehen nicht unerhebliche Bedenken entgegen. Zunächst ist es ein offenbarer Widerspruch, wenn Faber selbst die Ansicht ablehnt, daß der Erbe stärker verpflichtet sein könne, als der Erblasser, und dennoch die Freiheit, mit dem Zinsenzahlen inne zu halten, nicht ebenso unbeschränkt dem Erben einräumen will, wie dem Erblasser. Der Erblasser soll ohne weiteres und unbedingt zur Willensänderung befugt sein; bei dem Erben aber wird diese Befugniß an die Bedingung geknüpft, daß er den Gläubiger mit seinem Entschlusse zuvor bekannt mache. Ebenso ist es inconsequent, wenn Faber die Singularität der Rechtsansicht, welche der kaiserlichen Entscheidung zu Grunde liegen soll, anerkennt, und sie dennoch mit civilrechtlichen Normen in Verbindung zu bringen und daraus zu erklären sucht. Folgendes Allgemeine steht der Meinung Faber's entgegen. Man legt bei jener Meinung Hauptgewicht auf die präsumtive Willensfortdauer

---

cessarium fuit rescriptum Imperatoris ad constituendum ius, quod sola iurisprudentum auctoritate constitui vix potuisset."

des Erblassers und bezeichnet diese als den Hauptgesichtspunkt, von welchem bei der Erforschung des Sinnes der Stelle auszugehen sei. Daneben giebt man die Möglichkeit einer Willensänderung des Erblassers zu, und zieht, indem man diese beiden Momente zusammenhält, das Resultat, daß dem Erben zwar ebenfalls eine Willensänderung freistehe, daß er jedoch von seiner Verpflichtung zur Zinsenzahlung erst dann befreit werde, wenn er den Gläubiger mit seinem Entschlusse bekannt macht. Für diese Meinung ist es schwer, in der L. 6. pr. cit. einen Anhaltspunkt zu finden. Wenn man auf eine natürliche Billigkeit sich beruft, welche es als eine Härte gegen den Gläubiger erscheinen lasse, wenn dem Erben ohne weiteres freistände, mit der Zinsenzahlung aufzuhören, so ist nicht einzusehen, warum man dieses Gebot der Billigkeit nicht auch gegen den Erblasser geltend macht, wo es doch gewiß nicht weniger am Orte wäre und weshalb man alles hier vielmehr der Willkür und dem Belieben überläßt. Ebenso giebt man als einen Grund der Zinsenverpflichtung des Erben das Beispiel des Erblassers an, mit welchem er ja Eine Person ausmache. Die bloße Handlungsweise des Erblassers aber kann den Erben nicht rechtlich verpflichten, wenn derselben keine obligatio zu Grunde lag oder wenn man nicht mindestens eine in Folge der langjährigen Zinsenzahlung entstandene Verbindlichkeit des Erblassers annimmt. Eben aus der Personeneinheit folgt, daß der Erbe nur gleiche Verpflichtungen auf sich haben könne, nicht aber größere als der Erblasser selbst. Die Frage, ob sich eine rechtliche Verbindlichkeit des Erben da annehmen lasse, wo der Erblasser nur willkürlich und freiwillig handelte, wird von den Gegnern bejaht, und dieselben glauben, eine solche Anomalie noch in anderen Gesetzstellen wieder zu finden. Vorzüglich beruft man sich auf die bei Schenkungen unter Ehegatten geltenden Grundsätze, da in L. 32. §. 2. D. 24. 1. deutlich ausgesprochen werde, daß dem schenkenden Ehegatten das Recht des Widerrufes zustehe, der Erbe aber die Schenkung gelten lassen müsse. Dieser Fall kann aber nach seiner ganz verschiedenen und eigenthümlichen Natur nicht zu Schlüssen daraus berechtigen. Schenkungen unter Ehegatten werden durch den Tod des Schenkers bestätigt. Will der Schenker diese Convalescenz verhindern, so bedarf es des ausdrücklichen Widerrufes. Selbstverständlich ist die Schenkung an sich, d. h. ohne das obwaltende Eheband zwischen Schenkgeber und Beschenkten, giltig und rechtsbeständig; es muß eine wirkliche Obligation vorhanden sein, da sonst eine Convalescenz nicht möglich, ein Widerruf aber unnöthig wäre. Beides ist, nach den eigenen Behauptungen der Gegner, in dem Falle, worauf man Schlußfolgerungen ziehen will, gerade umgekehrt. Man leugnet bei dem Erblasser ja jede, selbst eine auf Grund seiner wiederholten Zinsenzahlungen entstandene obligatio; man will ihm, freilich folgerichtig, auch keine Verpflichtung zu einer ausdrücklichen Erklärung seiner Willensänderung beimessen. Hiernach bietet die Schenkung unter Ehegatten kein Beispiel für den Satz dar, der Erblasser könne seinen Willen

Digitized by Google

ändern (d. h. im Sinne der Gegner: ohne alles Weitere ändern), der Erbe dagegen nicht. Die völlige Unzulässigkeit der Berufung auf die Schenkung unter Ehegatten geht hauptsächlich aus Folgendem hervor. Bei der Aufrechterhaltung einer vom Schenkgeber während seines Lebens nicht widerrufenen Schenkung an seinen Ehegatten ging man von der Fiction einer mortis causa donatio aus und kam durch Anwendung des hierbei, wie bei anderen letztwilligen Verfügungen geltenden Grundsatzes, daß der unverändert gebliebene Wille des Erblassers im Augenblicke seines Todes in Kraft tritt, zu dem Resultate, daß Schenkungen unter Ehegatten durch den früheren Tod des Schenkers vor dem Beschenkten volle Rechtsbeständigkeit gewinnen [90]). Diese mit dem Tode eintretende unwiderrufliche Wirkung haben die Schenkungen unter Ehegatten mit allen anderen Zuwendungen von Todeswegen gemein, und es ist daher ganz natürlich, wenn der Erbe hier an den Willen des Erblassers nicht weniger gebunden ist, als bei Legaten, Fideicommissen u. s. w. Die Schenkung unter Ehegatten ist nach diesem ihren Charakter nicht geeignet, einen Maßstab bei Beurtheilung von Rechtsgeschäften unter Lebenden dazubieten. Will man nicht zu einer durch nichts gerechtfertigten Anomalie greifen, so muß man eine gleiche Verbindlichkeit bei dem Erben, wie bei dem Erblasser, annehmen. Damit wird der gegentheiligen Meinung eine wesentliche Grundlage entzogen, ohne daß dem sonst noch dafür Angeführten eine Bedeutung beigemessen werden kann. Namentlich ist die bereits erwähnte präsumtive Willensfortdauer des Erblassers in Betreff der Zinsenzahlung ohne die Annahme einer obligatio desselben ein ganz wirkungsloses Moment, da ja die Handlungen, welche man präsumiren zu können glaubt, immer nur, gleich den früheren, freiwillige gewesen sein würden, zu deren Vornahme ihn nichts verpflichtete. Sonach ist die Ansicht, wonach aus der längeren Zinsenzahlung des Erblassers nicht für diesen selbst, wohl aber für seinen Erben eine Zinsverbindlichkeit entstehen soll, unhaltbar. Die Gründe für deren Verwerfung stehen im Wesentlichen auch der Auffassung der L. 6. pr. cit. entgegen, welche zwar auch aus einer langjährigen Zinsenzahlung die Vermuthung eines Zinsengrundes herleitet, aber diese Vermuthung auf den Erben des Zahlenden beschränkt. Die richtige Ansicht ist unseres Erachtens die, daß aus der Thatsache langjähriger Zinsenzahlung eine Vermuthung für das Dasein einer Zinsenverpflichtung entspringt. Die vorzüglichsten Gründe für diese Ansicht fallen mit den für die Verwerfung der übrigen Meinungen angeführten zusammen. Der concrete Fall, welcher der Stelle zum Grunde liegt, ist nach der richtigen Auffassung folgender. Der Erbe des Vaters oder Herrn war von dem Gläubiger des Sohnes oder Sclaven mit der actio de in rem verso belangt worden. Der Streit zwischen den Parteien betraf nur noch die (seit dem Tode des

90) Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 4, S. 181 flg. Vgl. den Artikel Schenkung Bd. IX, S. 694.

Digitized by Google

Erblassers aufgelaufenen) Zinsen. Das Dasein einer Zinsenverpflichtung, d. h. einer vorausgegangenen Stipulation, stellte der Erbe in Abrede, obgleich er die Thatsache einer fortdauernden Zinsenzahlung von Seiten des Erblassers, auf welches der Gläubiger sich berufen hatte, einräumen mußte. Bei dieser Sachlage entschied nun der Kaiser, der Erbe sei zur Bezahlung der Zinsen verpflichtet, da durch die langjährige Zinsenzahlung von Seiten des Erblassers die Vermuthung für eine rechtliche Verbindlichkeit dazu begründet werde. Dieser Erklärung ist wiederholt zum Vorwurfe gemacht worden, daß sie mit den Worten der Stelle insofern nicht übereinstimme, als hier ja an die Thatsache, welche die Präsumtion erzeugen solle, eine directe und unbedingte Verurtheilung des Erben geknüpft werde [91]). Allein was den ersteren Punkt anlangt, so widerstrebt die Stelle keineswegs der Annahme einer blos mittelbaren folgeweisen Verurtheilung des Erben. Es bedarf nur der Verbindung des Wortes „ideo" und des darauf bezüglichen Satzes „quod eas ipse dominus etc." mit „iudicavit", um die langjährige Zinsenzahlung des Vaters oder Herrn zunächst als einen Grund der richterlichen Ueberzeugung von dem Dasein einer Zinsenverbindlichkeit und erst folgeweise als Grund der Verpflichtung des Erben zur Bezahlung der Zinsen erscheinen zu lassen. Ebenso wenig ist die den Worten nach unbedingt erscheinende Verurtheilung des Erben auffällig, sobald man einmal die Erklärung der Stelle von einer aus der Thatsache langjähriger Zinsenzahlung entspringenden Vermuthung als die richtige betrachtet. Denn wenn die Verurtheilung auf dieser Rechtsvermuthung beruhte, so blieb ohne Zweifel dem Erben die Befugniß, das Nichtdasein einer Stipulation im Gegenbeweise darzuthun, stillschweigend vorbehalten; daß dem Erben in der Stelle vom Kaiser nicht ausdrücklich der Beweis des Gegentheils (des Nichtdaseins einer Stipulation) nachgelassen ist, konnte ihm die sich von selbst verstehende Befugniß dazu auf keine Weise entziehen. Die Verurtheilung des Erben in der Stelle erscheint somit nur als eine scheinbar unbedingte. Die Annahme einer aus der Thatsache langjähriger Zinsenzahlung entspringenden Vermuthung ist nach römischem Rechte hinlänglich gerechtfertigt, da sie nur als Ausfluß der allgemeinen Regel: „praesumtio pro eo est, qui accepit" [92]), und des besonderen Grundsatzes: „qui solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat" [93]) erscheint, wozu dann noch als verstärkendes Moment im vorliegenden Falle die mehrfache Wiederholung der Handlung des Zinsenzahlens hinzutritt. — Was das Verhältniß der L. 6. §. 1. D. 22. 1. zu dem vorausgehenden pr. betrifft, so hat auch diese Stelle die mannichfaltigsten

---

91) Gesterding a. a. O. S. 9. Schweppe, Handb. des röm. Privatrechtes Bd. 1, §. 194. Müller a. a. O. S. 234.

92) L. 25. pr. D. 22. 3.

93) L. 25. pr. D. cit.

und abweichendsten Auffassungen erfahren[94]). Daß beide Theile der L. 6. mit einander in einem gewissen Zusammenhange stehen, geht aus dem Worte „quoque" hervor, welches beide mit einander verknüpft. Das bloße erbschaftliche Verhältniß, von welchem in dem einen, wie in dem anderen Falle der L. 6. die Rede ist, kann beide nicht auf eine Weise ähnlich machen, welche eine Verbindung derselben mit einander rechtfertigen würde. Noch weniger ist anzunehmen, Papinian habe mit dem Worte quoque nur etwas anknüpfen wollen, was ihm bei Gelegenheit des ersterwähnten Falles gerade eingefallen sei[95]). Die Verbindung, in welcher beide Theile der Stelle mit einander stehen, muß nach der Art, wie Papinian sie hier zusammenstellt, eine innerliche sein, d. h. eine gemeinsame Rechtsidee zur Grundlage haben; es muß mithin zwischen den Entscheidungsgründen, woraus man die Urtheilssprüche der beiden Kaiser ableiten will, eine bestimmte Aehnlichkeit obwalten. Die meisten Ausleger haben diese Forderung der Interpretation außer Acht gelassen. So findet Gesterding[96]) in dem pr. der Stelle den allgemeinen Satz ausgesprochen, daß durch Verjährung eine Zinsenverpflichtung entstehe, läßt aber aus dem §. 1. keine weiteren Folgerungen zu, als daß unter gewissen Umständen in einer — auch nur einmaligen — Zinsenzahlung die Erklärung liegen könne, ein Kapital schuldig sein zu wollen. Andere gehen bei der Parallelisirung beider Stellen zu weit, indem sie den §. 1. der L. 6. nicht von der Frage nach der Kapitalverbindlichkeit verstehen, sondern darin denselben Grundsatz, welchen die L. 6. pr. enthält, nur an einem anderen Beispiele erläutert, wieder finden[97]). Von beiden Extremen hält man sich frei, wenn man, analog der hier angenommenen Erklärung des ersten Theils der Stelle, den §. 1. derselben auf eine aus der Zinsenentrichtung entstehende Vermuthung für das Dasein einer Kapitalverbindlichkeit be-

---

94) Fritz, Erläut. zu Wening H. 3, S. 21 flg. giebt eine genaue und zuverlässige dogmengeschichtliche Darstellung.

95) Schon dies steht der Deutung entgegen, welche Fritz a. a. O. S. 22 flg. der Stelle geben will, indem er ihr jeden privatrechtlichen Charakter abspricht und eine rein administrative Verfügung darin finden will.

96) Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 16 flg. vgl. mit S. 7.

97) Diese Ansicht hat zuerst der Antecessor Stephanus im iudex L. 6. §. 1. D. 22. 1. (Sch. *Ἐκινεῖτο* inde a. v. *θυγάτηρ κατὰ κέλευσιν* Basil. Heimb. T. II. p. 687.) aufgestellt, wo er sagt: „*θυγάτηρ κατὰ κέλευσιν τοῦ ἰδίου πατρὸς ἐπηγγείλατο προῖκα παρασχεῖν. ἤρμυσε κατὰ τοῦ πατρὸς ἡ* quod iussu. *διετίας τοίνυν παραδραμούσης κατέβαλεν ὁ τῆς κόρης πατὴρ τόκους τῆς ἐπερωτηθείσης προικός. μετὰ ταῦτα ἐδημεύθη. καὶ ὁ βασιλεὺς προσελθούσης αὐτῷ τῆς θυγατρὸς τοῦ δημευθέντος ἐκέλευσε δοθῆναι τὴν προῖκα ἐκ τοῦ φίσκου μετὰ τῶν τόκων, ἐπειδὴ ὁ πατὴρ ταύτης ἐπέγνω καταβαλεῖν.*" Stephanus und nach ihm Cujacius, in Lib. 29. quaest. Papin. ad L. 6. D. de usuris verstehen hiernach die Stelle von dem Falle, in welchem zufolge eines von der Tochter auf Befehl ihres Vaters geschehenen Dotalversprechens die actio quod iussu gegen den Fiscus, welcher das Vermögen des Vaters confiscirt hatte, auf Kapital und Zinsen gerichtet war. Diese Ansicht steht aber in offenbarem Widerspruche mit dem Wortlaute der Stelle. S. Fritz a. a. O. S. 21.

Digitized by Google

zieht. Durch diese Erklärung wird zwischen den beiden kaiserlichen Entscheidungen der gehörige Zusammenhang in einer dem Sinne Papinian's entsprechenden Weise hergestellt. Die Absicht des Juristen war, die Wirkungen der Thatsache einer längeren Entrichtung von Zinsen sowohl auf die Kapitalverbindlichkeit, als auf die Zinsenverpflichtung an kaiserlichen Urtheilssprüchen zu erläutern. Gegen die hier angenommene Ansicht über den §. 1. der L. 6. ist eingewendet worden [98]), daß darin von einer langen Zinsenzahlung mit keinem Worte die Rede sei. Ständen die Worte: „longo tempore" im technischen Sinne, so hätte es allerdings einer ausdrücklichen Wiederholung derselben im §. 1. bedurft, wenn darauf Gewicht gelegt werden sollte. Faßt man aber jene Worte in dem Sinne eines relativen, unbestimmten Zeitraumes auf, so verhält sich die Sache anders. Unbedenklich wird jeder, welcher beide Theile der Stelle im Zusammenhange liest, das „longo tempore" aus dem ersten in den zweiten hinüberziehen und hier bei den Worten: „patrem praestitisse dotis usuras" hinzudenken. Es wäre auch sonderbar, wenn, um eine Vermuthung für das Dasein einer Kapitalverbindlichkeit zu begründen, weniger verlangt würde, als zur Begründung einer Vermuthung für die bloße Zinsenobligation. Die Begünstigung, welche die dos im römischen Rechte genießt, könnte eine solche Abweichung nicht rechtfertigen. — Was endlich die heutige Anwendbarkeit der L. 6. pr. betrifft, so glauben selbst diejenigen Schriftsteller, welche die Auffassung dieser Stelle aus dem Gesichtspunkte eines stillschweigenden Vertrages nach den Grundsätzen des römischen Rechtes nicht billigen, doch, daß von ihrer eigenen Auslegung heutzutage kein Gebrauch zu machen sei. Bei der durch die Aufhebung des Unterschiedes zwischen contractus und pacta bewirkten Klagbarkeit sämmtlicher Verträge habe es, meint man, kein Bedenken, daß eine mehrjährige Zinsenzahlung, da in derselben doch unzweifelhaft ein stillschweigender Zinsenvertrag enthalten sei, jetzt eine vollkommene Verpflichtung zur ferneren Zinsenzahlung begründe. Man kann aber mit Keller [99]) dieser Ansicht nicht beitreten, sondern glaubt die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Thatsache langjähriger Zinsenzahlung noch jetzt rein nach römischem Rechte beurtheilen zu müssen. Die Ansicht, daß langjährige Zinsenzahlung einen, wenn auch nicht klagbaren, Zinsenvertrag in sich begreife, ist weder nach ausdrücklichen Bestimmungen des römischen Rechtes, noch sonst zu rechtfertigen. Allerdings wird in den Quellen des römischen Rechtes, namentlich für solche Fälle, wo eine gewisse Reihe von Jahren hindurch die Ausübung eines Rechtes unterlassen ist, sei es nun in seinem ganzen Umfange, oder daß der Gläubiger sich mit einem geringeren Maaße von Leistungen begnügte, als er zu fordern befugt war, ein tacitum pactum angenommen, auf welches der Schuldner die Einrede

98) Von Fritz a. a. O. S. 22.
99) Keller a. a. O. S. 218 flg.

Digitized by Google

einer gänzlichen oder theilweisen Verzichtleistung des Gläubigers auf das von ihm beanspruchte Recht stützen kann. Ein Beispiel für das Erstere liefert L. 69. pr. D. 23. 3. Der zweite Fall findet sich gerade in Bezug auf Zinsen erläutert. Zahlt Jemand längere Zeit hindurch geringere Zinsen, als die stipulirten, so soll daraus ein tacitum pactum hervorgehen, womit sich der Schuldner Einredeweise gegen spätere Ansprüche des Gläubigers auf die ursprünglich bedungenen Zinsen schützen kann[100]). In dem umgekehrten Falle, wenn Jemand längere Zeit hindurch höhere Zinsen, als die bedungenen entrichtete, sollen, wenn hier ein Irrthum zu Grunde lag, die mehrgeleisteten Zinsen vom Kapital in Abzug kommen[101]). Bei einer wissentlichen Mehrzahlung folgt die Unzulässigkeit der Rückforderung des Mehrbetrages schon aus dem Mangel des zur condictio indebiti erforderlichen Irrthums des Leistenden: daher es in dieser Rücksicht der Annahme eines stillschweigenden pactum de maioribus usuris, welche sich bei Manchen findet, nicht bedarf. Die Vertheidiger eines stillschweigenden Zinsenvertrages stützen sich übrigens nicht auf ausdrückliche Bestimmungen der Quellen, sondern sie argumentiren in folgender Weise: Wo der Zinsenzahlung keine irrthümliche Meinung von einer vorhandenen Verbindlichkeit zu Grunde gelegen habe, lasse sich dieselbe nur als eine absichtliche auffassen. Die Absicht könne nun bei einer lange Zeit wiederholten Zinsenzahlung nur in dem Willen bestehen, die Zinsen auch fernerhin zu entrichten, da der Schuldner durch jene häufige Wiederholung in dem Empfänger und Gläubiger die Ansicht bestärke, daß er sich zur Verzinsung seiner Schuld verbunden halte. Diese Begründung beruht aber auf einer petitio principii. Wenigstens kann der Satz: „qui solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat“ (L. 25. pr. D. 22. 3.) hier nicht zum Beweise gebraucht werden. Denn darin ist nur ausgesprochen, daß der Zahlende gegen sich die Vermuthung begründe, er habe nicht ohne Grund, sondern vielmehr in Folge einer vorausgegangenen Verpflichtung die Leistungen entrichtet. Die Vermuthung aber, daß der Schuldner mit der Wiederholung der Zinsenzahlung die Absicht verbunden habe, sich für die Zukunft zu verpflichten, also durch dieselbe eine Zinsenverbindlichkeit zu begründen, kann aus jener Stelle nicht abgeleitet werden. Wäre dies aber auch möglich, so würde doch die bloße (auf langjährige Zinsenzahlung gegründete) Vermuthung der Absicht des Schuldners, auch künftig Zinsen zu bezahlen, noch nicht der Annahme eines Vertrages zur Grundlage dienen können. Dazu wäre jedenfalls eine ganz unzweifelhafte Absicht des Schuldners nothwendig. Ist sonach die Annahme eines stillschweigenden Zinsvertrages überhaupt ungerechtfertigt, so kann dieselbe auch nicht wohl im heutigen Rechte Platz greifen. Freilich schließt dieses nicht aus, daß, wenn noch zu der

100) L. 5. C. IV. 32. Vgl. L. 13. D. 22. 1.
101) L. 102. §. 3. D. 46. 3.

Digitized by Google

wiederholten Zinsenzahlung Umstände hinzutreten, welche die unzweifelhafte Absicht des Schuldners, sich auch künftig zur Zinsenzahlung zu verpflichten, erkennen lassen, doch ein stillschweigender Vertrag angenommen werden könne; nur reicht die Thatsache oft wiederholter Zinsenzahlung allein dazu nicht hin. — Rechtlicher Unterschied der Zinsen nach ihrem Entstehungsgrunde. Zinsen, welche in einer Willenserklärung des Schuldners ihren Grund haben, bilden zwar auch nur eine accessorische, aber selbstständige Forderung und können mit einer eigenen Klage verfolgt werden[102]). Daher können solche früher erwachsene Zinsen auch nach dem Erlöschen der Hauptschuld bis zu diesem Zeitpunkte selbstständig gefordert werden[103]), weil mit dieser die Zinsenobligation nur in ihrer ferneren Wirksamkeit endet, nicht in ihrer bisherigen; nur geht mit der Klage auf die Hauptschuld durch Verjährung der Anspruch auf sämmtliche Zinsen, also auch auf die verfallenen, rücksichtlich deren die besondere Klage noch nicht verjährt ist, dennoch verloren[104]). Vermöge der Grundsätze von der Bestimmtheit der Obligationen ist es nothwendig, daß die Höhe der Zinsen dabei mit bestimmt werde, oder doch Umstände vorliegen, wonach sie zu ermitteln ist[105]). Da in Teutschland es nirgends an einem „landüblichen" Zinsfuße fehlt, so muß die Bezugnahme darauf für genügend erachtet werden. Auch ist der landübliche Zinsfuß als gemeint zu verstehen, wenn im allgemeinen „Verzinsung" versprochen, die Höhe der Zinsen aber nicht besonders bestimmt ist[106]). Für das Erlöschen dieser Zinsen gilt außer den allgemeinen Erlöschungsgründen der Obligationen und außer der durch den accessorischen Charakter der Zinsen begründeten Nothwendigkeit im besonderen noch Folgendes: 1) Seit langer Zeit verfallene Zinsen können nicht nachgefordert werden, wenn es am Gläubiger gelegen hat, sie zu fordern und er aus Rücksicht für den Schuldner dies unterließ; es wird hier ein stillschweigender Erlaß oder Schenkung angenommen, wozu bestimmte, jedoch geringere Merkmale, als sonst, hinreichen. So müssen die hierauf bezüglichen Stellen[107]) verstanden

---

102) L. 8. D. 13. 4. L. 75. §. 9. D. 45. 1. L. 1. C. III. 1.

103) L. 1. C. III. 1. Der Gegensatz dazu findet sich in L. 4. C. IV. 34. Deshalb ist auch Annahme der Hauptschuld ohne Vorbehalt der verfallenen Zinsen ohne Nachtheil. Glück a. a. O. S. 64.

104) L. 26. pr. C. IV. 32. Vor dieser Constitution Justinian's war es anders. War auch die Hauptklage verjährt, so konnten doch die rückständigen Zinsen immer noch gefordert werden, weil mit jedem neuen Zinstermine eine besondere Klage erwächst, welche ihre besondere Verjährungszeit hat.

105) L. 31. 41. §. 2. D. 22. 1.

106) Ist für den Fall nicht pünktlicher Zahlung der Zinsen bestimmt, daß höhere (erlaubte) Zinsen zur Strafe gezahlt werden sollen, so gilt dieses nur für den nicht eingehaltenen Termin, wogegen für die künftigen Termine der niedrigere Zinsfuß wieder eintritt, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht ist. L. 1. §. 3. D. 20. 1. L. 12. 17. pr. D. 22. 1.

107) L. 17. §. 1. D. 22. 1. L. 54. D. 24. 1. Vgl. Sintenis a. a. O. §. 87, N. 17.

Digitized by Google

werden, während der nachher unter 2. zu erwähnende Fall einen gewöhnlichen stillschweigenden Erlaß, mit Andeutungen einer gegenseitigen Einwilligung enthält. Zwischen beiden Fällen ist der große Unterschied, daß im ersten Falle die Zinsobligation nicht für die Zukunft erlischt, wohl aber im zweiten. Die in beiden Stellen enthaltenen Merkmale für Zinsenerlaß nämlich können zum Erlaß anderer Schulden nicht als ausreichend gelten, da Stundung durch Schweigen und Unthätigkeit auf der einen Seite, und Schuldigbleiben auf der anderen in gleicher Weise ohne alle weitere Nebenumstände den dazu erforderlichen Vertrag nicht begründen können. Bei Zinsen verhält sich dieses dadurch anders, daß diese jährlich zu bestimmten Zeiten gezahlt werden müßten, und eine Wiederholung und ein Beharren bei solcher Unthätigkeit sind wohl geeignet, auf eine gewisse Absicht und mithin auf Einverständniß schließen zu lassen. Dennoch ist dieses nach den ziemlich klaren Andeutungen der Stellen allein nicht genügend; es bedarf noch des Hinzutretens unterstützender Momente, welche die Absicht wenigstens wahrscheinlich machen. In der ersten Stelle ist vorausgesetzt „ut gratior apud eum videlicet esses", also die wirkliche Absicht einer Liberalität, nur eine nicht gegen den Schuldner ausgesprochene [108]). In der zweiten Stelle ist die Dauer „per omne tempus" neben dem besonderen Zwecke der schuldigen dos, welcher auch ohne sie erreicht worden war, von Bedeutung. Die Länge der Zeit selbst läßt sich im allgemeinen nicht bestimmen, sondern bleibt ganz dem richterlichen Ermessen anheim gestellt; sie ist in Ermangelung anderer unterstützender Umstände, aber auch neben ihnen, selbst ein solcher Umstand. 2) Hat der Gläubiger einige Zeit lang geringere Zinsen angenommen, als er zu fordern befugt war, so erlischt der Anspruch auf den höheren Zinsfuß, indem darin ein stillschweigender Erlaß des höheren enthalten ist [109]). Die Meinungen sind darüber verschieden, wie lange die Zahlung der geringeren Zinsen gewährt haben müsse [110]), indem Manche, und zwar die Mehrzahl, 3 Jahre, Manche 10 Jahre erfordern, Manche Alles dem richterlichen Ermessen überlassen, Einer [111]) einmal für genügend hält. Die erste Stelle spricht von: „per multos annos", die zweite von: „per certos annos", die dritte thut gar keines Zeitraumes Erwähnung. Das Richtigste ist,

108) Ohne Grund ist der von Noodt, de usur. Lib. III. cap. 16. i. f., dem Sintenis a. a. O. hierin beipflichtet, ausgesprochene Tadel gegen die Auffassung der Basiliken, welche das Motiv der Liberalität schon aus dem Nichtfordern der Zinsen während langer Zeit ableiteten. Denn die Basiliken (Lib. 23. Tit. III. cap. 17. th. 2.) drücken ja dieses Motiv („ut gratior apud eum videlicet esses") ganz klar und bestimmt durch die Worte „*διὰ φιλοτιμίαν*" aus, indem sie den Sinn der L. 17. §. 1. D. 22. 1. so wiedergeben: *Ὁ διὰ φιλοτιμίαν ἐπὶ πολὺν χρόνον μὴ ἀπαιτήσας τόκους, οὐ καλῶς ἀπαιτεῖ τοὺς προλαβόντας.*

109) L. 13. pr. D. 22. 1. L. 5. 8. C. IV. 32. Dem Schuldner steht die doli oder pacti exceptio nach der ersten und zweiten Stelle zu.

110) Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 68 flg. Fritz a. a. O. S. 36 und die dort Genannten.

111) Kritz, Abhandl. Nr. 3.

daß die Beurtheilung der Annahme eines stillschweigenden Vertrages in jeder Hinsicht dem richterlichen Ermessen zu überlassen sei, also auch hinsichtlich der Zeit[112]), so daß also je nach den begleitenden Umständen allerdings auch eine einmalige Zahlung und Annahme geringerer Zinsen genügen kann. — Zinsen, welche auf gesetzlicher Anordnung beruhen, sind nur eine Erweiterung des ursprünglichen und eigentlichen Gegenstandes der Obligation; der Anspruch auf die Zinsen besteht nur durch und mit dem Anspruche auf den Gegenstand der Obligation. Deshalb giebt es für sie keine besondere Klage, sondern sie können als integrirender Bestandtheil der Hauptschuld nur mit der für diese bestehenden Klage gefordert werden[113]). Der Ansicht, daß sie deshalb stets mit der Hauptschuld stillschweigend als mitgefordert zu betrachten seien, es also einer ausdrücklichen Forderung nicht bedürfe, sondern der Richter unaufgefordert und von Amtswegen sie zuzuerkennen habe[114]), so verbreitet sie auch ist, vermag man nicht beizutreten, sondern es ist auch hierzu ein ausdrückliches Gesuch für nothwendig zu erachten[115]). Hat der Richter solche Zinsen aberkannt oder im Erkenntnisse übergangen, so sind dagegen zwar die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig[116]); ist das Erkenntniß aber rechtskräftig geworden, so findet keine Nachforderung statt, weil es an Rechtsverfolgungsmitteln fehlt. Selbst eine Einrede, welche etwa zur Compensation dienen könnte, kann nicht als übrig bleibend angenommen werden, indem die Obligation entweder völlig erloschen oder in das rechtskräftige Urtheil übergegangen ist und keine

---

112) Dies ist hinsichtlich der Zeit schon die Auffassung des Codercommentars Thaleläus in seiner *παραγραφή* zu L. 5. C. IV. 32. (Basil. XXIII. 3. 54.) im Sch. *Θαλελαίου.* Ἴσπερ Basil. Heimb. T. II. p. 722. wo er sagt: *ὁ δὲ χρόνος οὐχ ὥρισται, ἀλλὰ τοῦ δικάζοντός ἐστι πρὸς τὸ φαινόμενον αὐτῷ δίκαιον ὁρίσαι τὰ περὶ τούτου.*

113) L. 49. §. 1. D. 19. 1. L. 13. C. IV. 32. L. 4. C. IV. 34. Nun sagt zwar Paulus, Sent. III. 8. §. 4. von Verzugszinsen: „peti possunt"; es ist aber damit kein selbstständiger Klaganspruch gemeint.

114) Dies ist die Ansicht von Sintenis a. a. O. §. 87 und Erläut. des Civilprocesses. Vgl. auch den Artikel Klage Bd. VI, S. 161.

115) Vgl. Schmid, Handb. des Civilproc. Bd. 2, S. 15. Hefftter, Civilproc. §. 266.

116) L. 13. C. IV. 32. Dagegen kann den Zinsen, welche mit einer selbstständigen Klage verfolgt werden können, die Rechtskraft nur dann entgegenstehen, wenn das Urtheil ausdrücklich darauf gerichtet gewesen ist und sie darin aberkannt worden; außerdem schadet eine Uebergehung solcher Zinsen im Erkenntnisse dem Gläubiger nicht, sondern sie können noch als eine besondere Forderung eingeklagt werden, und es kommt auch nicht darauf an, ob die Zinsen zugleich mit dem Kapital in derselben Schuldverschreibung versprochen worden sind oder sich auf einen besonderen Vertrag gründen. Vgl. Glück a. a. O. S. 62 flg. und die dort in Note 93 Citirten. Indessen fehlt es doch nicht an Juristen, welche die Rechtskraft nur dann dem Gläubiger nicht entgegenstehen lassen, wenn er blos auf das Kapital und nicht zugleich auf die Zinsen geklagt hat, dagegen die Zinsen, wenn besonders darauf geklagt, aber dennoch nicht darauf erkannt worden ist, für stillschweigend aberkannt haben. Siehe Glück S. 63 und die dort in Note 96 Angeführten.

Digitized by Google

naturalis obligatio mehr übrig ist[117]). Ob Vorbehalt der Zinsen bei Annahme des Kapitals von Wirkung sei, ist bestritten[118]). Einem solchen Vorbehalt kann man indessen nicht die Wirkung beilegen, daß er ein Recht geben könne, was man vorher nicht schon hatte, sondern nur die, daß er ein schon zustehendes Recht erhalten kann; er kann mithin auch nicht das Recht geben, Zinsen mittelst besonderer Klage zu fordern, welche nur durch die Klage wegen der Hauptschuld gefordert werden konnten[119]). Darüber, ob sich einem solchen Vorbehalte und dem Schweigen des Schuldners dazu die Bedeutung eines stillschweigenden Vertrages beilegen lasse, welchenfalls allerdings noch die auf gesetzlicher Anordnung beruhenden Zinsen ungeachtet der Annahme des Gegenstandes der Obligation noch nachgefordert werden können, haben wir uns an einem anderen Orte ausgesprochen[120]) und die Frage bejaht[121]). Wir haben dort schon in dem bloßen nicht erfolgten Widerspruch des Schuldners gegen den Vorbehalt des Gläubigers eine Einwilligung des Ersteren in diesen Vorbehalt, mithin in die Fortdauer der Ansprüche des Gläubigers hinsichtlich der Nebenforderungen angenommen. Wir gründen dies darauf, daß der Gläubiger die Annahme des Gegenstandes der Obligation ohne die Nebenleistungen, welche aus Verzug u. s. w. entstehen, verweigern könnte; wenn er denselben aber mit dem Vorbehalte jener Nebenleistungen annimmt, der Schuldner verpflichtet ist, sich dagegen zu erklären, wenn er diesen Vorbehalt des Gläubigers nicht anerkennen will, mithin, wenn er ohne weitere Erklärung leistet, sich damit, daß der Gläubiger die Nebenforderungen aus Verzug u. s. w. nachträglich geltend mache, einverstanden erklärt. Bei Geldschulden steht dem Gläubiger frei, die unvollständige Zahlung zuvörderst auf die Verzugszinsen zu rechnen, und er hat, wenn er dies thut, weil die Hauptschuld noch nicht vollständig getilgt ist, immer noch ein Klagrecht, welches aber nicht auf eine Naturalobligation zurückgeführt werden darf, da eine besondere Obligation in Ansehung der auf gesetzlicher Anordnung beruhenden Zinsen überhaupt nicht existirt. Unzweifelhaft steht der Zinsenanspruch dann zu, wenn die Zinsen ausdrücklich gefordert und im Erkenntnisse zur besonderen Ausführung verwiesen worden sind, indem dann nur eine fernere Verfolgung des schon erhobenen Anspruches geschieht[122]). — Der Umstand, daß die auf gesetzlicher Anordnung beruhenden Zinsen nicht mittelst besonderer Klage,

---

117) Sintenis a. a. O. §. 87, N. 24.

118) Vgl. Glück a. a. O. S. 63 und die dort Angeführten.

119) S. Glück S. 63. A. M. sind zwar viele, namentlich sächsische Praktiker; vgl. Hommel, Obs. 221. §. 7. Kind, Quaest. for. T. IV. cap. 54. und die dort in Note i Angeführten. Allein das im Text Bemerkte steht dieser Ansicht entschieden entgegen.

120) Vgl. den Artikel Verzug Bd. XII, S. 1037.

121) A. M. ist Sintenis a. a. O. §. 87, N. 24.

122) Sintenis ebd.

Digitized by Google

sondern nur durch die wegen der Hauptobligation zustehende Klage gefordert werden könne, schließt die Möglichkeit nicht aus, daß unter besonderer Gestaltung der Umstände aus einem Obligationsverhältnisse der hierher gehörigen Art der Anspruch sich auf die Zinsen allein beschränkt und auf einen weiteren Umfang, also auf die Hauptleistung, nicht möglich oder sonst erledigt ist, so daß also jenes Obligationsverhältniß nur noch die Zinsen zum Inhalte hat; die Regel ist freilich, daß die gesammte Obligation mit der Erfüllung oder dem Erlöschen der Hauptleistung selbst ihr Ende erreicht[123]). Unterholzner[124]) scheidet von den Zinsobligationen, welche sonst zu denen, quae officio iudicis continentur, gerechnet werden, eine Anzahl Zinsobligationen aus, aus welchen die Zinsen Gegenstand einer für sich geltend zu machenden Forderung seien und wofür er den Begriff eines abgeleiteten (aus einem anderweit begründeten fließenden) Anspruches aufstellt. Wenn er als Beispiel namentlich das anführt „wenn Jemand, welcher die Auslagen zu gering angesetzt, das Vergessene nachfordern könne, so sei es natürlich, daß auch ausgelegte Zinsen nachgefordert werden können", so ist das Beispiel zur Bestätigung des Satzes nicht geeignet. Wahrscheinlich meint er einen Fall, wie L. 12. §. 9. D. 17. 1. (denn wenn er für den Schuldner bezahlte Zinsen verstände, so käme deren Ersatz gar nicht als Zinsobligation in Betracht); es ist ja aber eben zu beweisen, daß Zinsen hier allein für sich durch besondere Klage gefordert werden können. Wenn er ferner, um das Einzelne nach seiner Ansicht hierher gehörende aufzuzählen, damit beginnt: aus der Verpflichtung zur Herausgabe alles dessen, was man durch die für einen Anderen geführte Verwaltung eingenommen habe, folge auch die der eingenommenen Zinsen, — so ist dies doch keine Zinsobligation, sondern für die Haftungspflicht des Geschäftsverwalters ganz gleichgiltig, daß die von ihm eingenommenen Gelder ein Anderer als Zinsen geschuldet hat[125]). Nicht zu begreifen ist ferner, wie Unterholzner für dieselben Fälle eine selbstständige Klage behauptet[126]), welche er an einem anderen Orte[127]) unter denen nennt, quae officio iudicis continentur. Die von ihm als mittelbare Beweisstelle für seine Ansicht angeführte Stelle[128]) bietet hier keinen Anknüpfungspunkt, da sie gar nicht von Zinsen, sondern von den vom malae fidei possessor consumirten Früchten handelt, wegen deren allerdings eine besondere Klage, die condictio ex iniusta causa, stattfindet.

---

123) Sintenis a. a. O. §. 87 und N. 25.

124) Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 1, S. 323. Siehe dagegen Sintenis a. a. O. N. 25, dem wir gefolgt sind.

125) Hierher gehört z. B. L. 19. §. 4. D. 3. 5. in Ansehung der usurae perceptae.

126) Es sind die Fälle in L. 38. D. 3. 5. L. 28. D. 16. 3. L. 10. §. 3. D. 17. 1. L. 7. §. 4. 12. D. 26. 7.

127) Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 1, S. 326 bei N. i und k.

128) L. 3. C. IV. 9.

Digitized by Google

Von den sämmtlichen übrigen von ihm angeführten Stellen beweist keine etwas mit der erforderlichen Sicherheit. Das Triftigste, was sich sagen ließe, ist Folgendes: Wenn Jemand in Beziehung auf die Verwaltung fremder Angelegenheiten und Gelder Verpflichtungen zu positiven Handlungen vernachlässigt, so wird er deshalb, als zum Ersatze des dadurch entstandenen Schadens auch zur Verzinsung gewisser Kapitalien verpflichtet; er muß also auch darauf besonders verklagt werden können; damit ist aber doch noch nicht bewiesen, daß die Zinsen Gegenstand einer für sich geltend zu machenden Forderung seien, und nicht nur kraft der Forderung auf die Hauptschuld und mit dieser geltend gemacht werden könnten. Dagegen ist es allerdings möglich, daß ein Schuldverhältniß so gestaltet sein kann, daß nichts weiter als die Zinsen daraus gefordert werden können, während es rücksichtlich der Hauptschuld wirkungslos geworden ist; dann aber besteht jenes Schuldverhältniß doch immer noch, nur mit verringertem Inhalte, und die Zinsleistung ist Folge desselben, nicht die einer besonderen Obligation. Wenn z. B. das gesammte Mündelvermögen in einem Kapital besteht, welches der Vormund in Händen hat und wovon er nach sechs Monaten zu Zinsen verpflichtet ist[129]), und das Geld geht durch eine Ursache, welche dem Vormunde nicht zugerechnet werden kann, zu Grunde, z. B. durch Brand, so wäre nichts desto weniger eine Forderung der Zinsen bis dahin zulässig. Der Gegenstand der Klage ist nämlich ein incertum, nämlich Rechnungsablegung und Herausgabe dessen, was in Folge der Rechnung als Gegenstand der Forderung des Pflegebefohlenen erscheint, und dabei ist nun aber das officium iudicis im Zuerkennen der Zinsen wirksam. Auch kann unbedenklich zugegeben werden, daß in einem solchen Falle nach jetzigen Proceßgrundsätzen in einer Klagschrift unter Anführung solcher Umstände schlechthin und geradezu die berechnete Zinsensumme gefordert werden kann; denn die Klage ist doch nur eine tutelae actio. Indessen werden solche Fälle freilich selten sein; denn immer darf das Obligationsverhältniß noch nicht erloschen sein, was mit der Zahlung und Annahme der Hauptschuld regelmäßig geschieht; die Hauptschuld müßte also auf andere Weise erledigt sein, ohne daß deshalb das Obligationsverhältniß gelöst wäre, und so wird es denn allerdings meistentheils der Fall sein, daß gesetzliche Zinsen nur gleichzeitig mit der Hauptschuld gefordert werden können, nicht ohne dieselbe. Dagegen ist die Klage auf die Zinsen nicht allein und abgesondert zulässig, so lange eine Hauptschuld noch besteht; denn nach dem römischen Processe konnte in allen hierher gehörigen Fällen, als bonae fidei actiones, nur eine incerta formula gegeben werden; es mußte somit das ganze Rechtsverhältniß in iudicium deducirt werden, und eine Einschränkung von Seiten des Klägers war gar nicht möglich. Es läßt sich kein Grund absehen, aus welchem hierin jetzt eine Aenderung ge-

129) L. 15. D. 26. 7.

Digitized by Google

rechtfertigt werden könnte. Die Forderung der Hauptschuld und z. B. der Verzugszinsen, oder auch solcher, welche in den in mehreren Stellen [130]) bezeichneten Fällen gefordert werden können, bestehen nicht wie zwei besondere, deren jede allein willkürlich für sich verfolgt werden könnte, sondern es besteht ein einziges Rechtsverhältniß und nur Eine Klage, z. B. actio tutelae, oder mandati, oder negotiorum gestorum, und der daraus zu fordernde Betrag unterliegt einer Ausmittelung im Ganzen, d. h. unter Berücksichtigung des gesammten Verhältnisses und der dasselbe begleitenden Umstände, aber nur einer einmaligen [131]). Sollte etwa in einer heutigen Klagschrift erklärt werden, man wolle vorläufig nur die Zinsen fordern, so würde dies deshalb unzulässig sein, weil auf die Zinsen allein eine Klage nicht besteht; die Erklärung, man wolle die Hauptschuld fallen lassen und nicht fordern, würde eine besondere Forderung der Zinsen nicht weniger ausschließen, weil diese nicht, wie vertragsmäßige, als verfallene in Betracht kommen, sondern ohne die Hauptforderung nicht denkbar sind.

Zinsensumme. Der Zinsenbetrag, welcher von einer Hauptschuld genommen werden und überhaupt erwachsen kann, ist nicht der Willkür überlassen, sondern aus Gründen der Gesetzgebungspolitik vielfach beschränkt [132]), woraus dann mehrere eigenthümliche juristische Begriffe erwachsen sind. Es kommen hier folgende Punkte in Betracht:

1) Der Zinsfuß, d. h. das Verhältniß der für gewisse Zeitabschnitte vom Hundert der Hauptschuld zu entrichtenden Zinsen, ist für die Zinsenobligationen durch Aufstellung eines Maximum begrenzt. a) Römisches Recht. Die Bestimmungen des römischen Rechtes darüber haben vielfach gewechselt, auch für die einzelnen Arten gesetzlicher Zinsen [133]). Das uns bekannteste älteste römische Recht bestimmte, was die vertragsmäßigen Zinsen betrifft, daß die Zinsen nicht über ein Zwölftheil (uncia) des Kapitals im Jahre betragen sollten (unciarium foenus) [134]). Später wurden diese Zinsen unter dem Consulat von L. Manlius Torquatus und C. Plautius im J. d. St. 407 auf die Hälfte herabgesetzt (semunciarium foenus) [135]). Durch die lex

130) L. 15. D. 26. 7. L. 10. §. 3. D. 17. 1. L. 37. D. 22. 1.

131) Eine besondere Bewandtniß hat es mit der tutelae actio, als einer generalis; sie kann mehrmals angestellt werden, sobald ein dem ganzen Verhältnisse angehöriger Punkt nur bisher noch nicht abgeurtheilt ist; aber die exceptio rei iudicatae ist an sich doch begründet, und es bedarf zu deren Elision der replicatio doli. L. 2. C. III. 1. Darin zeigt sich die Consequenz.

132) Vgl. Sell in seinen Jahrb. f. hist. u. dogm. Bearbeitung des röm. Rechtes Bd. I, S. 16 flg., wo auch das Geschichtliche des röm. Rechtes sich findet.

133) S. Glück a. a. O. S. 76 flg. Unterholzner a. a. O. S. 314 flg., 327 flg.

134) Nach Tacit. Annal. VI. 16. sollen schon die 12 Tafeln verordnet haben, „ne quis unciario foenore amplius exerceret." Nach Liv. VII. 16. erscheint das unciarium foenus vielmehr als ein durch die lex Duilia Moenia, ein Plebiscit, vom Jahre Rom's 397 eingeführtes Recht.

135) Tacit. Annal. VI. 16. Liv. VII. 27.

Digitized by Google

Genucia aus dem J. d. St. 412 wurden zwar alle verzinslichen Darlehen gänzlich verboten[136]); allein der festgesetzten Strafe ungeachtet siegte die Gewohnheit Zinsen zu nehmen, über das Gesetz[137]). Man bediente sich verschiedener Kunstgriffe, um das Zinsenverbot zu umgehen. Einer derselben war, daß man Geld zu Geschäften hergab und sich einen Theil des Gewinnes ausmachte[138]). Ein anderer Kunstgriff war, daß, da das Zinsenverbot nur die römischen Bürger anging, die Kapitalisten ihre Forderungen zum Schein auf die durch das Zinsenverbot nicht gebundenen Bundesgenossen transscribirten, d. h. daß die socii in den Schuldurkunden zum Schein ihren Namen als Gläubiger bei solchen Forderungen hergaben, welche in der That römischen Bürgern gegen Bürger zustanden; ein Unfug, welchem durch die lex Sempronia, ein Plebiscit vom J. d. St. 561 gesteuert wurde, welche bestimmte: „ut cum sociis ac nomine Latino pecuniae creditae ius idem, quod cum civibus Romanis, esset“[139]). So war denn der Weg zur listigen Umgehung des Gesetzes gesperrt und es blieb nur noch der offenen Gewalt übrig, welche sich auch in der späteren Geschichte zeigt[140]). Zu Cicero's Zeit wurde das Zinsenverbot nicht mehr gehandhabt; es wurden aber, da eine Beschränkung in Ansehung des Zinsfußes nicht bestand, Zinsen bis zu einem ungemessenen Betrage gefordert. Cicero[141]) erzählt aus der Zeit, während welcher er Proconsul von Cilicien in Verbindung mit Cypern war, Folgendes. In dieser Provinz forderte M. Sceptius, als Unterhändler des M. Brutus, von den Solaminiern eine bedeutende Darlehnssumme mit 48 Procent Zinsen, und mit Zinsen von Zinsen[142]). Cicero sprach aber nach dem edictum tralaticium nur 12 Procent zu mit dem Rechte, alljährlich die Zinsen zu dem Kapital zu schlagen[143]). Zur Rechtfertigung dieses Spruches sucht er alle möglichen Gründe auf. Er erwähnt eines kurz vorher (im J. d. St. 703) erlassenen Senatusconsults: „in creditorum causa ut centesimae perpetuo foenore ducerentur.“ Hiernach haben zuerst die edicta provincialia eins vom Hundert (centesima pars) monatlich als das höchste Maaß der erlaubten Zinsen festgesetzt[144]) und Senatsbeschlüsse haben

136) Tacit. Annal. VI. 16. Liv. VII. 42. Ersterer erwähnt das Zinsenverbot als eine feststehende Thatsache, Letzterer drückt sich zweifelhaft aus, wohl weniger aus Zweifel über das Dasein der lex Genucia, als aus Zweifel über die Zeit, aus welcher dieselbe herrührt.

137) Appian. de bello civili I. 54.

138) So erzählt Plutarch. Cato cap. 21. vom älteren Cato.

139) Liv. 35. 7.

140) Vgl. Sell a. a. O. S. 44 flg.

141) Epist. ad Att. V. 21. VI. 1.

142) S. Savigny, über den Zinswucher des M. Brutus, in den Abhandl. der Berl. Acad. der Wissensch. v. J. 1818—1819. Histor. philol. Klasse S. 179—188.

143) Cic. ad Att. V. 21.

144) So das des Cicero, wie er selbst a. a. O. erzählt, und das des Lucullus. Plutarch. Lucull. cap. 20.

Digitized by Google

mit darauf eingewirkt. Unter den Kaisern galten die Zinsen zu 12 Procent (usurae centesimae) als das Höchste der erlaubten Zinsen[145]). Nur bei denjenigen Zinsen, welche zugleich einen Versicherungspreis für die übernommene Seegefahr (oder eine ähnliche Gefahr) enthalten (foenus nauticum), galt diese Beschränkung nicht; hier konnten für die Zeit der dauernden Gefahr Zinsen in beliebiger Höhe genommen werden[146]). Fruchtzinsen konnten nach einer Verordnung Constantin's des Großen[147]) bis zur Hälfte des Kapitals steigen, so daß also für zwei Scheffel Getreide drei zurückgegeben wurden; bei Geldzinsen wurden die usurae centesimae bestätigt. Anderweite Ausnahmen sind, daß nach einer Verordnung von Arcadius[148]), Senatoren gegen die Regel, nach welcher ihnen sonst alles verzinsliche Geldausleihen verboten war, erlaubt wurde, ihre Gelder eben nur gegen eine halbe centesima monatlich auszuleihen und daß nach einer Verordnung von Gratian, Valentinian II. und Theodosius I.[149]) in Folge eines rechtskräftigen Urtheils die alsdann zu entrichtenden Zinsen zwei vom Hundert monatlich betrügen. Justinian hat diese Bestimmungen durchgehends geändert. a) In der Regel sind die erlaubten Zinsen auf ein halbes vom Hundert monatlich (dimidia centesima), d. i. 6 Procent jährlich beschränkt: Handelsleute und Gewerbtreibende (qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem exercent) können jedoch 8 Procent jährlich (usurae besses) nehmen[150]). b) Zinsen, welche für die Versicherung bei der Seegefahr entschädigen sollen, können höchstens bis usurae centesimae (12 Procent jährlich) steigen[151]). c) Dasselbe gilt von den Zinsen, welche nicht in Geld bestehen, also wenn z. B. bei Darlehnen in Getreide, Oel u. s. w. (specierum foenori dationes) Zinsen in Getreide, Oel u. s. w. zu entrichten sind[152]). d) Personen vom Range der illustres oder von einem noch höheren dürfen nur 4 Procent jährlich (usurae trientes) nehmen[153]). e) Die usurae rei iudicatae betragen nunmehr 12 Procent[154]). f) Für die Landleute (agricolae) hat Justinian den Zinsfuß durch eigene, ihren Begriffen

145) Paul. Sent. II. 14. §. 2. Fragm. Vat. §. 11.
146) Paul. Sent. II. 14. §. 13. L. 40. D. 12. 1.
147) L. 2. Th. C. II. 33. Diese so hohen Fruchtzinsen heißen auch hemiolia. Cf. Gell. N. A. Lib. XVIII. cap. 14.
148) L. 4. Th. C. II. 33. Nach Gothofredus soll sich dies nur auf minderjährige Senatoren beschränken.
149) L. 1. Th. C. IV. 19.
150) L. 26. §. 1. C. IV. 32.
151) L. 26. §. 1. cit. In der Novelle 106 hat zwar Justinian später die Beibehaltung einiger davon abweichender Bestimmungen bestätigt, z. B. daß man sich ohne Rücksicht auf die Dauer der Gefahr $^1/_8$ als Zinsen geben ließ; es ist dies aber durch Novelle 110 wieder aufgehoben.
152) L. 26. §. 1. cit.
153) L. 26. §. 1. cit.
154) L. 2. C. VII. 54.

Digitized by Google

angemessene Verordnungen festgestellt. Die Fruchtzinsen sollten auf jede römische Metze (modius) ein Achttheil, die Geldzinsen von jedem solidus eine siliqua (d. h. $^1/_{24}$) betragen[155]). Diese Justinianischen Verordnungen haben nun auch bewirkt, daß da, wo in dem älteren Rechte angehörigen Stellen von maximae oder legitimae usurae die Rede ist, nicht mehr an jährliche 12 Procent gedacht werden kann[156]). Für Verzugs- und andere gesetzliche Zinsen wird nach römischem Rechte das Maaß in der Regel durch den ortsüblichen Zinsfuß bestimmt, indem der Richter diesen seinem Erkenntnisse zum Grunde legt[157]); nur dürfen die gesetzlichen Grenzen nicht überschritten werden[158]). Ausnahmen sind folgende. a) Die fiscalischen Kassen erhalten jährlich 6 Procent[159]). b) Die Zinsen, welche von einer zur Ausführung eines öffentlichen Baues bestimmten Geldsumme wegen verzögerter Ausführung entrichtet werden müssen, betragen jährlich 4 Procent[160]). c) Die usurae rei iudicatae betrugen vor Justinian 24 Procent, seit Justinian 12 Procent[161]). d) In einigen Fällen werden maximae oder legitimae usurae erwähnt, wo ursprünglich an usurae centesimae (12 Procent jährlich) gedacht ist, im Sinne des Justinianischen Rechtes aber nach Verschiedenheit der Person des Gläubigers nur 4, 6 oder 8 Procent angenommen werden können (s. vorher). Denn daß ausnahmsweise auch im Justinianischen Rechte 12 Procent als erlaubte Zinsen vorkommen, wie z. B. bei dem foenus nauticum, berechtigt ebenso wenig, bei den maximae usurae noch ferner an 12 Procent zu denken, als es in früherer Zeit Jemandem in den Sinn kam, unter den maximae usurae 24 Procent zu verstehen, obschon so hohe Zinsen vorkommen konnten, wenn der zu einer Zahlung Verurtheilte dem Urtheil keine Folge leistete. Zu den Fällen, wo maximae usurae eintreten, gehören folgende: aa) wenn ein Geschäftsführer ohne amtlichen Beruf oder Auftrag, oder wenn ein

---

155) Nov. 32. 33. 34. Nach dem in Hunderttheilen ausgedrückten Zinsfuße würde dieses $12^1/_3$ Procent bei Fruchtzinsen und $4^1/_6$ Procent bei Geldzinsen betragen.

156) Z. B. L. 38. D. 3. 5. L. 7. §. 4. L. 54. D. 26. 7. L. 1. C. V. 56. Wenn dennoch Manche den Ausdruck maximae oder legitimae usurae in diesen Stellen im ursprünglichen Sinne nehmen, so steht diesem entgegen, daß in L. 26. §. 1. C. IV. 32., nachdem von den Zinsverabredungen die Rede gewesen ist, ausdrücklich gesagt wird: „Et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent."

157) L. 39. §. 1. D. 30. „... In usurarum autem quantitate mos regionis est servandus ..." L. 1. pr. L. 37. D. 22. 1. Insbesondre werden ortsübliche Zinsen entrichtet, wenn der Mandatar Gelder zu eigennützigen Zwecken verwendet hat. L. 10. §. 3. D. 17. 1. Auch die Vormünder geben meist nur ortsübliche Zinsen. L. 7. §. 10. D. 26. 7.

158) L. 1. pr. D. 22. 1. L. 26. §. 1. C. IV. 32.

159) L. 17. §. 6. D. 22. 1.

160) L. 17. §. 8. D. 22. 1.

161) L. 2. C. VII. 54.

Vormund Gelder zu seinem eigenen Nutzen verwendet hat[162]); bb) wenn ein Vormund die ihm auferlegte gerichtliche Deposition der in seinen Händen befindlichen Gelder verweigert oder wohl gar geläugnet hat, daß sich solche Gelder in seinen Händen befinden[163]); cc) wenn dem Miteigenthümer die zur Besserung eines gemeinschaftlichen Gebäudes verwendeten Gelder nicht ohne Zögern zum verhältnißmäßigen Antheil ersetzt werden[164]). e) In der Lehre von der dos werden Zinsen zu 4 Procent erwähnt, theils wenn die versprochene dos nicht binnen zwei Jahren nach geschlossener Ehe gezahlt wird, theils wenn der Ehemann nach getrennter Ehe die dos nicht in der gesetzlich bestimmten Zeit zurückgiebt[165]). f) Zinsen von gleicher Höhe sollen nach einer Bestimmung Justinian's dann entrichtet werden, wenn Gelder unter der Bedingung hinterlassen worden sind, daß man nicht wieder heurathe, und im Falle der Wiederverehelichung dieselben mit Zinsen herausgegeben werden müssen[166]), oder wenn solche Vermächtnisse wegen ungenügender Sicherstellung gar nicht ausbezahlt, sondern blos verzinst werden[167]). g) Auch da, wo eine nach dem Tode des Ehemannes der Frau zugefallene donatio propter nuptias durch Eingehung einer zweiten Ehe an die Kinder erster Ehe kommt und von diesen der Mutter wegen des ihr zustehenden Nießbrauches verzinst wird, werden nach einer Verordnung Justinian's 4 Procent gegeben[168]). h) Drei Procent sollen entrichtet werden, wenn ein Vermächtniß abgetragen worden ist, während noch nicht über das Erbrecht des Erbschaftsbesitzers entschieden war, insofern bei einer für diesen ungünstigen Entscheidung das unter Vorbehalt ausgezahlte Vermächtniß nebst Zinsen an ihn zurückerstattet werden muß[169]). b) Teutsches Recht. In Folge der in Gemäßheit des kanonischen Rechtes in Teutschland anfangs bestehenden allgemeinen Meinung, daß für Christen das Ausleihen von Geldern auf Zinsen Sünde sei, wurden in den früheren teutschen Reichsgesetzen, welche von wucherlichen Contracten handeln, die Zinsen nur in den Fällen, in welchen sie das kanonische Recht erlaubte, gestattet. Hinsichtlich der wiederkäuflichen Gülten, welche damals mit Rücksicht auf das kanonische Zinsenverbot die Stelle der Zinsen vertraten, wurde zuerst im J. 1500 dem Reichsregiment aufgegeben, ein Maaß derselben festzusetzen[170]), ohne daß jedoch eine solche Bestimmung von demselben getroffen worden wäre. Erst die Reichspolizeiordnungen bestimmten die

162) L. 38. D. 3. 5. L. 7. §. 10. D. 26. 7.
163) L. 7. §. 10. D. 26. 7.
164) L. 52. §. 10. D. 17. 2. In L. 4. C. VIII. 10. sind die usurae centesimae wohl nur aus Versehen der Redactoren des Codex stehen geblieben.
165) L. 31. §. 2. C. V. 12. L. un. §. 7. C. V. 13.
166) Nov. 22. cap. 44. §. 4.
167) Nov. 22. cap. 44. §. 7.
168) Nov. 2. cap. 4.
169) L. 12. pr. C. III. 31.
170) Reichsabsch. v. 1500 Tit. 31.

Digitized by Google

Größe der Rente, welche mit hundert Gülden Hauptgeld gekauft werden könnte, auf jährlich fünf Gülden, also 5 Procent[171]). Nur den teutschen Schutzjuden erlaubte man zinsbare Darlehne zu geben, aber auch nicht höher, als zu 5 Procent[172]). Für die Verzugszinsen bei Darlehnen bestimmen die Reichsgesetze als solche, welche ohne weiteren Nachweis des dem Gläubiger durch den Verzug erwachsenen Schadens gefordert werden können, 5 Procent, lassen aber dem Gläubiger den Nachweis zu, daß sein Interesse sich höher belaufe, welchenfalls er das erwiesene Interesse fordern könne[173]). Ueber den Zinsfuß der versprochenen Zinsen bei Darlehnen fehlte es noch immer an einer reichsgesetzlichen Bestimmung, während einzelne Landesgesetze schon das Zinsnehmen bei Darlehnen verstattet und dafür einen gewissen Zinsfuß bestimmt hatten. Die Nothwendigkeit, den durch den dreißigjährigen Krieg verarmten oder auch durch zu hohe Anschwellung der Zinsen in das Verderben gerathenen Schuldnern durch Erleichterung zu Hilfe zu kommen, bewog endlich die Reichsgesetzgebung, nach Einholung ausführlicher Gutachten des Reichshofrathes und des Reichskammergerichtes zu bestimmen, daß inskünftige sowohl aus wiederkäuflichen Zinsen, als aus vorgestreckten Anlehen nicht mehr als fünf vom Hundert

---

171) Reichspolizeiordnung v. 1530 Art. 26, §. 8; v. 1548 Art. 17, §. 8; v. 1577 Art. 17, §. 9. Sie verordnen gleichlautend: „Nachdem die Wiederkaufsgülten allenthalben in Landen gemein seynd; so sollen mit hundert Gülten Hauptgelds nicht mehr dann fünf Gülden jährlicher Gülten, wie gebräuchlich, gekauft, gegeben und genommen werden."

172) Reichspolizeiordnung v. 1577 Tit. 20, §. 6: „Damit aber die Juden ihre Leibsnahrung haben mögen, so soll ihnen nicht mehr dann Fünff vom Hundert zum Wucher zu nehmen, erlaubt seyn."

173) Deputationsabschied zu Speier v. 1600 §. 139: „So viel nun, diesem nach, den zum Eingang jetzigen Abschieds angeregten Puncten mutui anlangen thut, haben sich der Churfürsten, deputirten Fürsten und Stände anwesende Räthe und Gesandte erinnert, was derentwegen bei gehaltenem Deputation-Tag zu Wormbs im Jahr achtzig sechs der wenigern Zahl fürgangen, unsere damahls anwesende Commissarien auch sich mit ihnen verglichen, daß nämlich in dem vorfallen Streit, ob nicht in contractibus mutui damit die Partheyen in puncto liquidationis an unserm Kayſ. Cammergericht des langweiligen Process enthoben sein möchten, auch jetzt gemeldt Cammergericht damit nicht überladen ein gewisses loco interesse a tempore morae zu statuiren und zu setzen, vor billich geachtet worden, wenn der Schuldner in mora restituendi pecuniam mutuam ist, daß er seinem Gläubiger von derselben zeithero (der Vermuthung halben, daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit an, anlegen, und zugelassener Weise zum wenigsten vom Hundert fünff, wohl haben möge,) das interesse zu entrichten und gut zu machen schuldig seyn, welches wir uns auch gnädigst also gefallen lassen; So ordnen und wollen wir nochmals, daß solch interesse a tempore morae erstattet, und derentwegen den Creditorn fünf Gülden vom Hundert bezahlt werden, oder aber dem Creditori solch fünf Gülden nicht annehmlich, sondern er vermeynen wolte tam ex lucro cessante quam damno emergente ein mehrers zu fordern, daß ihme alsdann sein gantz Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidirn und zu bescheinen, und der richterlichen Erkenntniß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll."

Digitized by Google

bezahlt werden sollen[174]). Diese Bestimmung war aber ein bloßes Zeitgesetz, welches den durch den dreißigjährigen Krieg zurückgekommenen Schuldnern zu Statten kommen sollte[175]). Darüber läßt Folgendes keinen Zweifel. Im osnabrücker Friedensinstrument[176]) war vom Kaiser versprochen worden, über die Art und Weise, wie den durch den Krieg herabgekommenen oder durch die Anhäufung der Zinsen beschwerten Schuldnern zu Hilfe zu kommen sei, die Gutachten des Reichshofrathes und Reichskammergerichtes einzuholen, welche auf dem künftigen Reichstage vorgelegt und in eine gewisse Reichsconstitution gebracht werden könnten. Die entsprechenden, lediglich auf Erleichterung der im dreißigjährigen Kriege verarmter Schuldner berechneten Bestimmungen wurden nun im Reichsabschiede von 1652 §. 170—175 getroffen. Der Anfang des §. 170 dieses Gesetzes[177]) deutet auf diese blos temporäre Bedeutung der in den gedachten §§ enthaltenen Bestimmungen unzweideutig hin. Noch mehr überzeugt man sich davon, wenn man die §. 170—175 des Reichsabschiedes im Zusammenhange liest. Indessen war selbst unter denjenigen, welche in der Bestimmung des Reichsabschiedes keine allgemeine Vorschrift für die Zukunft fanden und daher die Vorschrift des subsidiarischen Rechtes zur Anwendung bringen wollten, Streit darüber, welches von den fremden Hilfsrechten das als Norm zu befolgende sei, das römische oder das kanonische. Nach der einen Ansicht[178]) soll es außer den Fällen,

174) Jüngster Reichsabschied §. 174: „Anreichend die künfftige Zinß und Interesse, sollen von nun an dieselbe, sie seyen aus wiederkauflichen Zinsen oder vorgestreckten Anlehen herrührig und versprochen, jedoch nach Ausweisung der Reichsconstitutionen, und weiter nichts als fünff pro Cento alle und jede Jahren in verglichenen Terminen unfehlbar bezahlet, und im Fall des Saumsels auf bloße Vorzeigung der Obligation per paratam executionem wider der Schuldiger verfahren werden u. s. w."

175) Dieser Ansicht sind v. Meiern, Gedanken über die Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers. Hannover 1732. Desselben Antwort auf die sogenannte Refutation der Meierischen Gedanken. Hannover 1734. Desselben Anhang zur Antwort. 1735. Hufeland, Beiträge St. 1, Nr. 2. Hugo, civil. Magaz. Bd. 2, S. 196 flg. Danz, Handb. des teutschen Privatrechtes Bd. 2, §. 204.

176) Instr. Osnabrug. art. VIII. §. 5.: „De indaganda aliqua ratione et modo aequitati conveniente, qui persecutiones actionum contra debitores, ob bellicas calamitates fortunis lapsos, aut nimio usurarum cursu aggravatos, moderate terminari indeque nascituris maioribus incommodis, etiam tranquillitati publicae noxiis, obviam iri possit, Caesarea Maiestas curabit exquiri tam Iudicii aulici, quam Cameralis vota et consilia, quae in futuris Comitiis proponi et in constitutionem certam redigi possint."

177) „Nachdem auch in dem Friedensschluß §. De indaganda etc. versehen, daß bey gegenwärtigem Reichstag auf billige Mittel und Wege gedacht werden sollte, wie denjenigen Schuldnern, welche durch den Krieg, oder auch durch allzugroße Anschwellung der Zinsen und Interesse ins Verderben kommen, dergestalt geholfen würde, damit aus denen zwischen ihnen und den Gläubigern einkommenen Klagen und Strittigkeiten nicht neue gefährliche Unruhe und Weiterung im Reich entstehen möchten" u. s. w.

178) Sie wird vertheidigt von Thibaut, civil. Abhdl. Nr. 7, S. 122 flg.

Digitized by Google

wo die teutschen Reichsgesetze eine immerwährende Bestimmung enthalten, nämlich für den Kauf jährlicher Renten und für die Verzugszinsen aus einem Darlehn, bei dem kanonischen Rechte bleiben, welches die Zinsen verbietet; denn für die Löhne von Zinsen sei einmal das römische durch das kanonische und selbst durch die alte Reichspraxis aufgehoben; es müßten also die neueren Vorschriften der Reichsgesetze als das einzige für die Lehre von Zinsen geltende Gesetz behandelt werden. Nach einer anderen Meinung [179]) soll, weil die Reichsgesetze entweder über ganz andere Geschäfte oder nur für Zeitumstände Bestimmungen getroffen hätten, jetzt nur das römische Recht in dieser Lehre gemeines Recht in Teutschland sein, welches jedem Gläubiger in der Regel erlaube, sich 6 Procent versprechen zu lassen. Es hat aber eine ganz allgemeine und entschiedene Praxis seit dem jüngsten Reichsabschiede 5 Procent als das höchste erlaubte Zinsenmaaß festgehalten, namentlich die des Reichskammergerichtes [180]). Diese Praxis hat auch ihren guten Grund [181]). Schon in dem Reichsdeputationsabschiede v. 1600 §. 139 wird die Vermuthung anerkannt, daß der Gläubiger von Zeit des Verzuges des Darlehnsschuldners sein Geld anlegen „und zugelassener Weise zum wenigsten vom Hundert fünf wohl haben möge." Damit ist auch bei Darlehnen indirect die Berechtigung, solche zu wenigstens 5 Procent zu nutzen, anerkannt. Es kann hiernach nicht auffallen, wenn man sich im gemeinen Leben an das Zinsenverbot des kanonischen Rechtes bei Darlehnen gar nicht mehr gebunden erachtete und auf Grund jener reichsgesetzlichen Bestimmung Darlehne auf Zinsen vorstreckte. Daß aber der Zinsfuß zu 5 Procent hierbei als der höchste erlaubte angesehen wurde, hatte seinen Grund theils darin, daß bei dem Rentenkauf, in welcher Form die Darlehne zur Umgehung des Zinsenverbotes geschlossen wurden, die Reichsgesetzgebung 5 Procent als das höchste erlaubte Zinsenmaaß bestimmt hatte, und daß derselbe Zinsfuß bei den den Juden gestatteten Darlehnen festgesetzt war. Diese speciellen positiven Bestimmungen wurden generalisirt und analog auf alle zinsbaren Darlehne angewendet. Die Bestimmung des jüngsten Reichsabschiedes, obwohl sie eben nur eine temporäre zur Erleichterung der durch den dreißigjährigen Krieg verarmten Schuldner war, ist doch insofern nicht unwichtig, als sie eine Bestätigung der schon vorher durch allgemeines Gewohnheitsrecht eingeführten Regel, daß Zinsen nur bis zu 5 Procent genommen werden sollen, enthielt. Hiernach ist weder das kanonische Recht, noch das römische in Ansehung des Zinsfußes

179) Sie wird vertheidigt von Meiern und Hufeland.

180) S. die bei Glück a. a. O. Bd. 21, S. 101, N. 15 und bei Weing-Ingenheim, Civilrecht Bd. 2, S. 20, N. k Angeführten und Fritz a. a. O. S. 51. Einzelne Fälle des zugesprochenen sechsten Zinsthalers sind bei dem Reichshofrathe vorgekommen. Fritz a. a. O. S. 52.

181) Besonders hat Fritz a. a. O. S. 54 flg. die von der Praxis befolgte Meinung als die richtige nachgewiesen.

Digitized by Google

mehr anwendbar. Jener Streit über die Anwendbarkeit der Reichsgesetze oder des römischen Rechtes hinsichtlich des höchsten erlaubten Zinsenmaaßes hat aber im Criminalrechte die Folge gehabt, daß selbst diejenigen, welche 5 Procent als die höchsten gestatteten Zinsen ansehen, doch das Nehmen des sechsten Zinsthalers nicht als der Strafe des Zinsenwuchers unterliegend betrachten[182]). Hiernach sind 5 Procent für vertragsmäßige Zinsen das höchste erlaubte Zinsenmaaß, und es können solche auch in den Fällen ausbedungen und gefordert werden, in welchen das römische Recht nur 4 Procent gestattet, wie z. B. bei den Landleuten als Schuldnern und bei den personae illustres als Gläubigern. Auch die römische Bestimmung über die Höhe der Zinsen bei Darlehnen anderer fungibler Sachen außer Geld ist durch das reichsgesetzliche Maximum als beseitigt anzusehen, weil ein gleicher Grund zum Fortbestehen dieser Bestimmung, wie bei dem foenus nauticum, nicht vorhanden ist. Nur hinsichtlich des foenus nauticum werden noch allgemein die im römischen Rechte erlaubten höheren Zinsen verstattet, weil der Gläubiger hier die Gefahr mit übernimmt. Für die Verzugszinsen vom Darlehn sind durch den Deputationsabschied von 1600 §. 139 5 Procent als unbedingt jährliche Zinsensumme festgesetzt. Diese Bestimmung war eine Folge des reichskammergerichtlichen Gebrauches, anstatt das Interesse 5 Procent zuzuerkennen, während die Forderung das Interesse schon durch das kanonische Recht überhaupt und namentlich für den Fall widerrechtlich entzogener Benutzung eines Kapitals gestattet war[183]), und jener gesetzlich sanctionirte Gebrauch über das römische Recht sogar hinausreicht, da dieses bei dem Darlehen keine Verzugszinsen zuließ. Dem Gläubiger ist jedoch durch jenes Reichsgesetz nachgelassen, ein erweislich höheres Interesse, wenn er es darthun kann, zu fordern. Die reichsgesetzliche Bestimmung ist aber mit Recht generalisirt und auch auf diejenigen Fälle bezogen worden, in welchen Verzugszinsen oder Zinsen wegen widerrechtlichen Benehmens in Bezug auf fremde Gelder zu entrichten sind, und auf diejenigen, in welchen die römische Zinsenbestimmung 12 Procent betrug, indem der gedachten reichsgesetzlichen Anordnung die Absicht, die Forderung des Interesse auch für diesen Fall anzuerkennen und im allgemeinen festzusetzen, zu Grunde liegt; und nicht minder gilt dieselbe für die Fälle, in welchen nach römischem Rechte 12 Procent zu entrichten waren, da sie im Grunde ebenfalls wegen Widerrechtlichkeit bestimmt worden sind, und deren Forderung, als die eines Interesse, schon vor jener als anerkannt betrachtet werden muß. Wo der Befugniß, gesetzliche Zinsen zu fordern, kein widerrechtliches Benehmen des Schuldners zu Grunde liegt, sind die im römischen Rechte zugelassenen höheren Zinsen als auf 5 Procent durch die Reichsgesetzgebung herabgesetzt zu betrachten. Ob da, wo das

182) Vgl. den Artikel Wucher Bd. XIV, S. 59.
183) S. Fritz a. a. O. S. 46 flg.

Digitized by Google

römische Recht geringere gesetzliche Zinsen, als 5 Procent, zubilligt, es bei diesen geringeren Zinsen verbleibe oder 5 Procent gefordert werden können, ist bestritten[184]). Ein Grund zur Erhöhung ist nicht vorhanden; die Reichsgesetze hatten gerade den entgegengesetzten Zweck und die Ausnahmen vertragen sich mit dem neuen Maximum so gut wie mit dem römischen.

2) Eine fernere Zinsenbeschränkung ist das Verbot, daß der Betrag rückständiger Zinsen über den Betrag der Hauptschuld (supra duplum, ultra sortis summam, usurae ultra alterum tantum) anschwellen dürfe. Dieses Verbot ist dem römischen Rechte nicht ausschließlich eigen; es findet sich auch bei anderen Völkern des Alterthums, wie bei den Aegyptern[185]) und bei den Indiern[186]). Bei den Römern hat die Gesetzgebung darüber gewechselt[187]). Aus der Zeit vor Justinian läßt sich ein allgemeines dauerndes gesetzliches Verbot der Zinsen supra duplum bei den Römern aus den Quellen nicht nachweisen. In den Stellen bei Livius, welche über die Bedrückungen der plebejischen Schuldner durch die patricischen Gläubiger und die dadurch veranlaßten Unruhen und Aufstände der Plebejer handeln, wird zwar in der früheren Zeit die übermäßige Zinsenlast im allgemeinen erwähnt[188]), ohne daß jedoch eine nähere Beziehung auf die usurae supra duplum sich zeigt. Die erste Stelle, welche direct darauf bezogen werden kann, handelt von dem durch M. Manlius Capitolinus im J. d. St. 370 erregten Volksaufstande[189]). Dort ruft der Centurio, der nach dem gewöhnlichen Schuldverfahren der damaligen Zeit in die Gefangenschaft des patricischen Gläubigers abgeführt werden soll: „se militantem, se restituentem eversos penates, multiplici iam sorte exsoluta mergentibus semper sortem usuris, obrutum foenore esse.“ Etwas entscheidendes läßt sich aus dieser Stelle für das Verbot der usurae supra duplum nicht folgern. Eher wird sie dahin zu deuten sein, daß zu jener Zeit noch kein solches Verbot bestanden habe, wie auch der weitere Verlauf der Geschichte zeigt. Denn Manlius, vor den Dictator A. Cornelius Coffus gefordert, um sich zu rechtfertigen, klagt auch in der Antwort auf des Dictators Anrede nicht über Verletzung eines gesetzlichen Verbotes, sondern fordert die Patricier nur auf: „sortem aliam ferte: de capite deducite, quod usuris pernumeratum est.“ Dies ist aber kein rechtsbegründetes Verlangen, sondern ein

184) Sintenis a. a. O. §. 87, N. 47 ist für das Erstere, Glück a. a. O. S. 101 für das Letztere.

185) Diador. Sic. Lib. I. cap. 79.

186) Vgl. Klenze in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 6, S. 119, N. 2.

187) Vgl. die ausführliche historische Darstellung von Sell in s. Jahrb. Bd. 1, S. 36 flg.

188) Liv. II. 23. 24. 27—30. 31. 32. VI. 11 sq. und für die spätere Zeit außer den später besonders anzuführenden Stellen X. 23. XXXII. 27. XXXV. 7. 41.

189) Liv. VI. 14.

Digitized by Google

politischer Rath. Bekannt ist, daß der Aufstand unterdrückt und Manlius hingerichtet wurde. Was Manlius nicht vermocht, setzten nicht lange darauf die Volkstribunen L. Licinius Stolo und L. Sextius um das J. d. St. 387 durch[190]), indem unter den bekannten Licinischen Rogationen auch diejenige Gesetzeskraft erhielt, „ut, deducto eo de capite, quod usuris pernumeratum esset, id quod superesset, triennio aequis portionibus persolveretur“[191]). Diese lex Licinia Sextia betrifft allerdings unsere Frage und geht noch viel weiter, als das bloße Verbot der usurae supra duplum; sie hatte aber offenbar nur den vorübergehenden Zweck, den gegenwärtigen Druck der Plebejer zu erleichtern. Nachdem aber einmal der erste Sieg der plebejischen Schuldner über die patricischen Gläubiger errungen war, folgten rasch auf einander die schon erwähnte Bestimmung über das unciarium foenus durch die lex Duilia Moenia, die Herabsetzung des unciarium foenus auf das semunciarium, endlich das gänzliche Verbot des Zinsennehmens durch die lex Genucia. Letzteres führte zur Umgehung durch verschiedene Kunstgriffe, denen, wie bereits bemerkt, durch die lex Sempronia vom J. d. St. 561 gesteuert werden sollte. Es war aber Alles vergebens; die Gewohnheit des Zinsennehmens erhielt sich ungeachtet aller Verbote, und der Druck der Zinsen führte zu offenen Aufständen und Gewaltthaten. Derselbe Druck der Wucherer, wie zu Rom, lastete auf den Provinzen, und wohlgesinnte Statthalter suchten hier Erleichterung zu verschaffen. Nach der Erzählung Plutarch's[192]) entschied Lucullus nach Besiegung des Mithridates, um den Städten Asiens gegen den Druck der publicani und foeneratores Recht zu gewähren, als rechtssprechender Statthalter: 1) daß nicht mehr als 12 Procent Zinsen (usurae centesimae) bezogen werden sollten; 2) sodann cassirte er (ἀπέκοψε) alle Zinsen, welche den Betrag des Kapitals überstiegen; 3) bestimmte er Verlust der ganzen Forderung für denjenigen, welcher Zinsen zum Kapital geschlagen hätte. Auf diese Weise wurden die Schulden in vier Jahren getilgt. Aus dieser Stelle würde man folgern können, daß gegen Ende des 7. Jahrhunderts nicht blos der Anatocismus bei Strafe des Verlustes des ganzen Kapitals verboten gewesen sei, sondern daß auch die rückständigen Zinsen nicht mehr als die Größe des Kapitals hätten betragen dürfen. Allein die Gläubiger klagten in Rom, als wenn sie schreckliches Unrecht durch Lucullus erduldet hätten (ὡς δεινὰ παθόντες) und reizten durch die Macht ihres Geldes die Staatslenker in Rom gegen denselben auf. Wenn nun auch jene Stelle ein Verbot der usurae supra duplum durch Lucullus bezeugt, so enthält sie doch hiernach kein sicheres Zeugniß, aus welchem eine bestimmte allgemeiner gesetzliche Norm darüber abgeleitet werden könnte. Die Entscheidung,

190) Liv. VI. 27. 31. 32. 34—37. 42.
191) Liv. VI. 35.
192) Plutarch. Lucull. cap. 20.

Digitized by Google

welche Cicero als Proconsul von Cilicien und Cypern hinsichtlich der von M. Scaptius als Unterhändler des M. Brutus von den Salaminiern geforderten Zinsen traf, ist bereits unter 1. erwähnt worden. Der Gründe und Umschweife, welche Cicero zur Rechtfertigung dieser Entscheidung anführt, hätte es nicht bedurft, wenn schon ein allgemeines gesetzliches Verbot der usurae ultra duplum bestanden hätte. Die mitgetheilten Stellen bei Plutarch und Cicero beziehen sich zwar auf die Zustände in den Provinzen, von denen ein sicherer Schluß auf Rom und Italien nicht immer und allgemein gezogen werden kann. Allein die Zustände in Rom waren nicht besser. Der Druck der Zinsen in Rom veranlaßte im J. d. St. 665 einen neuen Aufstand. Die Gläubiger, gestützt auf die althergebrachte Gewohnheit des Zinsennehmens, drängten die Schuldner; diese verweigerten, unter Berufung auf das gesetzliche Zinsenverbot, die Zahlung der Zinsen und drohten wohl auch den Gläubigern mit der auf die Uebertretung dieses Verbotes gesetzten mulcta[193]). Der Prätor A. Sempronius Asellio, welchem die Jurisdiction in diesen Streitigkeiten zustand, neigte sich, nachdem er einen Vergleich zwischen den Parteien vergeblich versucht hatte, auf die Seite der Schuldner, indem er das alte Zinsenverbot geltend machte. Dafür wurde er am hellen Tage, während er im Begriffe ist, das Opfer zu begehen, mit dem festlichen Opferkleide angethan, mitten auf dem Forum erschlagen[194]). Ungeachtet eines auf die Entdeckung des Thäters vom Senat gesetzten Preises bleibt dieser verborgen, weil die Funeratoren die Sache in Dunkel zu hüllen wissen[195]). Die Zeiten Sulla's, die Verschwörung Catilina's, bei welcher Ueberschuldung der Verschworenen eine Hauptveranlassung zu dem Complott war[196]), lassen die Zustände in Rom und Italien als nicht besser, als in den Provinzen erscheinen, obwohl die allgemeine Sittenverderbniß und die zügellose Verschwendung dort mehr als Gründe dieser Zustände in Anschlag zu bringen sind, als der ungerechte Druck der Gläubiger. Durch die Bürgerkriege waren die römischen Schuldverhältnisse in so hohem Grade verwirrt, daß Cäsar zu deren Regulirung und namentlich zur Erleichterung der gedrückten Schuldner ein ähnliches Mittel wählen mußte, wie in der früheren Zeit des Freistaates die lex Licinia Sextia

193) Cato de re rustica pr. spricht davon, daß gesetzlich der fur in das duplum, der foenerator aber in das quadruplum zu verurtheilen sei. Auch Livius spricht bisweilen von den den Föneratoren wegen Uebertretung der gesetzlichen Vorschriften gegen diese Zinsen gedrohten Geldstrafen. Vgl. z. B. Liv. X. 23. fin.

194) Nach dem Berichte von Caesar, de bello civili III. 21. geschah gegen den in Schuldsachen den Schuldnern zugeneigten Prätor L. Trebonius ein gewaltsamer Angriff, wodurch er vom Tribunal verjagt wurde. Dagegen klagen die Mitverschworenen Catalina's über die saevitia foeneratorum atque Praetoris. Sallust. Catil. cap. 33.

195) Appian. de bello civili I. 54. Valer. Max. IX. 7. 4.

196) Sallust. Catil. cap. 15. Cic. in Catil. I. 6. II. 2. i. f. 4. i. f. 8. 9. pr. 10.

Digitized by Google

getroffen hatte, nämlich daß die bereits bezahlten Zinsen vom Kapital in Abzug gebracht wurden[197]). Unter den Kaisern war der Wucher ebenfalls sehr bedeutend[198]). Unter Tiberius erhoben sich nach der Erzählung des Tacitus[199]) die Anklagen gegen diejenigen mit Macht, welche gegen das Gesetz des Dictators Cäsar de modo credendi possidendique intra Italiam[200]) Wucher getrieben hatten, und die Senatoren zitterten wegen dieser Anklagen, weil Keiner frei von Schuld war. Wir betrachten hiernächst das Verbot der usurae ultra duplum nach den Quellen des Justinianischen Rechtes, zuerst nach dem Digestenrechte. Entschieden findet sich das Verbot der usurae supra duplum zur Zeit der juristischen Classiker, aus deren Werken die Digesten entlehnt sind, sowie auch das Verbot des Anatocismus. Das Verbot der usurae supra duplum beruht wohl auf dem Gedanken, daß Zinsen, als Accessionen, nicht mehr betragen sollen als das Kapital, die Hauptsache, weil sonst die ursprüngliche rechtliche Natur beider gerade umgekehrt würde. Dieses Verbot läßt sich in einer zwiefachen Art auffassen. Es läßt sich annehmen, daß von einem verzinslichen Kapital überhaupt und unter allen Umständen nicht mehr Zinsen gefordert oder gezahlt werden sollen, als so viel, bis der Gesammtbetrag der Zinsen der Summe des Kapitals gleich kommt. Hiernach würde sich das Verbot der Zinsen über das Doppelte sowohl auf die in verschiedenen Zeitabschnitten oder nach und nach gezahlten, wie auf die rückständig gebliebenen erstrecken; die Zinsen würden überhaupt nicht länger als bis zur Größe des Kapitals laufen können, so daß, wenn die gezahlten Zinsen, von dem ersten Zinstermine an gerechnet, in ihrem Gesammtbetrage der Kapitalsumme gleichkommen, jeder weitere Zinsenlauf bei diesem Kapital für immer sistirt ist. Nach der monatlichen Zinsenberechnung, sowie nach in den Digesten üblichen 12 Procent würde die Frist, auf welche ein Kapital zu verzinsen wäre, weit kürzer sein als nach unserer Berechnungsart und unseren geringeren Zinsen. Das Verbot der usurae supra duplum läßt sich aber auch in der Art auffassen, daß nur die rückständig gebliebenen Zinsen nicht über den Betrag des Kapitals anschwellen dürfen; daß also neben dem Kapital, als Hauptstock, nicht eine dessen Größe übersteigende Summe der als Accessionen geltenden Zinsen auf Einmal gefordert werden soll. Jede dieser beiden Arten der Auffassung hat in verschiedenen Perioden des römischen Rechtes der Kaiserzeit ihre praktische Geltung gehabt. Manche[201]) finden in dem Digestenrechte die zuerst angeführte strengere Auffassung des Verbotes der usurae supra duplum,

197) Sueton. Caes. cap. 42.

198) Vergl. Horat. Serm. Lib. I. Sat. 2. v. 12 sq., wo von fünffachen (fünfmal 12 Procent) Zinsen, und Iuvenal. Sat. IX. v. 6 sq., wo von dreifachen Zinsen die Rede ist, welche Wucherer genommen hätten.

199) Tacit. Annal. VI. 16.

200) Vgl. Sueton. Caes. cap. 42. Caesar de bello civ. III. 20. 21.

201) Z. B. unter den Neueren Glück a. a. O. Bd. 21, S. 104.

Digitized by Google

bis durch eine Constitution des Kaisers Antoninus[202]) im Codex jenes Verbot nur auf rückständige Zinsen beschränkt worden sei, während endlich Justinian wieder zu der Strenge des Rechtes der Digesten zurückgekehrt sei. Die entgegengesetzte Ansicht ist aber die richtigere. Sie ist vorzüglich von Sell[203]) ausführlich begründet worden. Das Resultat ist Folgendes. In den Digesten wird das Verbot der Zinsen über das Doppelte nur auf rückständige Zinsen bezogen, d. h. wenn die rückständigen Zinsen bis zum Betrage des Kapitals angeschwollen sind, so bleibt der Zinsenlauf so lange sistirt, bis diese rückständigen Zinsen gezahlt worden sind; und erst vom Augenblicke der Zahlung fangen die künftigen Zinsen wieder zu laufen an. Diese Auffassung geht noch in den Justinianischen Codex über; sie wird jedoch durch die Novellen dahin abgeändert, daß sowohl die nach und nach gezahlten, als die rückständigen Zinsen in das duplum eingerechnet werden sollen. Da diese Novellen aber nicht glossirt sind, so bilden die Vorschriften der Digesten und des Codex allein das für uns praktisch anwendbare Recht. Für die letztere Ansicht spricht schon zum voraus eine gewisse innere Nothwendigkeit. Es läßt sich nämlich bei genauerer Betrachtung der früheren Schicksale der Gesetzgebung über die Zinsen nicht annehmen, daß das klassische Recht der Römer das gedachte Verbot sogleich in einer übermäßigen Strenge aufgefaßt habe. Wie strenge aber die oben angeführte und hier bestrittene Auffassung des Verbotes der usurae ultra duplum gewesen, und wie störend ein solches Verbot in den Verkehr eingreifen konnte, geht leicht daraus hervor, daß hiernach bei den Römern verzinsliche Kapitalien immer nach Ablauf einer bestimmten Reihe von Jahren hätten eingezogen oder durch Novation erneuert werden müssen, wenn der Zinsenlauf nicht eo ipso sistirt sein sollte. Dagegen enthalten die Digesten gar manche Stellen, worin ausdrücklich gesagt wird, daß die Zinsen desselben Kapitals „longo tempore" oder „per multos annos" entrichtet worden seien[204]); ebenso enthalten auch die Digesten ernste Mahnungen an die Verwalter öffentlicher Gelder, den Schuldnern verzinslicher Kapitalien, welche gut angelegt sind, nicht ohne triftige Gründe das Kapital zu entziehen[205]). Alles dieses deutet sicher nicht auf einen so häufigen Wechsel im Einziehen und Wiederanlegen der Kapitalien hin, wie derselbe hätte sein müssen, wenn das Verbot der Zinsen über das Doppelte im strengeren Sinne bestanden hätte. Auch wird nirgends sonst in den Quellen ein solcher häufiger Wechsel erwähnt. Den Hauptbeweis bilden die einzelnen Quellenzeugnisse. Die Stellen der Digesten, welche hier in Frage kommen und von den Gegnern für die entgegengesetzte Ansicht ange-

202) L. 10. C. IV. 32.
203) Vgl. Sell a. a. O. S. 48 flg.
204) L. 6. pr. L. 13. pr. L. 17. §. 1. D. 22. 1.
205) L. 33. pr. D. 22. 1. L. 1. pr. Th. C. XII. 11. Letztere Constitution ist L. 2. C. Inst. de debitor. civitat. XI. 33. (32.)

Digitized by Google

führt werden, sind: 1) L. 26. §. 1. D. 12. 6.[206]) aus Ulpian's lib. 26. ad Edictum. Dieses Fragment enthält im Vordersatze das Verbot der usurae supra duplum und der usurarum usurae in einer doppelten Beziehung, nämlich: daß solche Zinsen weder durch Stipulation versprochen, noch gefordert werden können, sondern, wenn sie gezahlt sind, zurückgefordert werden. Am Schlusse erwähnt dann der Jurist noch einen anderen Fall (die futurarum usurarum usurae), welcher aber dem vorhergehenden in der Wirkung gleichgestellt wird; oder vielmehr: es werden die Wirkungen der Ungiltigkeit der zuletzt erwähnten futurarum usurarum usurae auf den vorhergehenden Fall angewendet; es wird von diesen auf jenen zurückgeschlossen. Faßt man die Stelle in diesem Sinne auf, so stimmt dieselbe mit der hier angenommenen Ansicht vollkommen überein. Um dieses deutlich zu zeigen, sind zuvörderst die beiden im Vordersatze erwähnten verbotenen Arten der Zinsen, die usurae supra duplum und die usurae usurarum zu trennen. Ulpian sagt hiernach in Beziehung der usurae supra duplum: „Wenn rückständige Zinsen über den Betrag des Kapitals angeschwollen sind, so ist auch eine besondere Stipulation, soweit sie über die Größe des Kapitals hinausgeht, unnütz; vielmehr können, trotz der Stipulation, die Zinsen, soweit sie das duplum übersteigen, wenn sie gezahlt worden sind, zurückgefordert werden;" — — und über die zweite Art (usurae usurarum): „Zinsen rückständiger Zinsen können nicht stipulirt, noch gefordert werden; sondern sie werden, wenn sie gezahlt sind, zurückgefordert — und diese Ungiltigkeit der gedachten Stipulation, sowie das Zurückfordern des Gezahlten, gilt bei den beiden eben erwähnten Arten der verbotenen Zinsen ebenso, wie bei der futurarum usurarum usurae." Nach dem Anfange der Stelle könnte es zu beschränkt erscheinen, wenn man deren Worte ausschließlich auf rückständige Zinsen bezieht; dagegen weist der Schluß der Stelle mit logischer Nothwendigkeit auf diese Erklärung hin. Der Jurist betrachtet doch im ersten Theile der Stelle das Verbot der usurae supra duplum und der usurae usurarum in den Wirkungen als vollkommen gleich, und stellt damit am Schlusse die futurarum usurarum usurae vergleichsweise und offenbar als einen neuen, früher noch nicht berührten Fall zusammen. Wenn demnach unter der usurae supra duplum im Anfange der Stelle alle Zinsen über das Doppelte (die rückständigen, wie die nach und nach gezahlten) gemeint wären, so müßte dasselbe auch bei den usurarum usurae gelten, d. h. es müßte auch hier das Verbot der Zinsen rückständiger Zinsen, sowie der Zinsen künftiger Zinsen im Anfange der Stelle gefunden werden. Ulpian hatte nämlich dann im ersten Theile der Stelle ganz allgemein gesagt: „Zinsen über das Doppelte und Zinsen von Zinsen können

206) „Supra duplum autem usurae, et usurarum usurae, nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt; et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae."

Digitized by Google

überhaupt weder stipulirt, noch gefordert werden, d. h. zu keiner Zeit und in keinem Falle; also weder bei Entstehung des verzinslichen Darlehns, noch später; weder in Beziehung auf die rückständigen, noch auf die künftigen Zinsen." — Warum hatte aber dann der Jurist die futurarum usurarum usurae am Ende der Stelle erwähnt, da sie ja schon in den vorher genannten Zinsen von Zinsen begriffen waren? Eine solche Wiederholung wäre ein unleidlicher Pleonasmus gewesen, welchen man dem Ulpian nicht aufbürden kann. Und unmöglich hätte dann der Jurist den Fall der Zinsen künftiger Zinsen als einen neuen Fall der beiden anderen früher genannten Arten der verbotenen Zinsen vergleichsweise gegenüberstellen können: quemadmodum futurarum usurarum usurae. Ebenso, wie die Worte der Stelle, spricht auch ihr Sinn und Zweck für die hier angenommene Erklärung. Denn es ist nicht natürlich, daß ein Darleiher sogleich bei Auszahlung der Darlehnssumme Zinsen über das Doppelte auf den nach Jahren etwa eintretenden Fall sich zum voraus versprechen lasse. Weit näher liegt der Fall, daß der Gläubiger, wenn die Zinsen bis zur Höhe des Kapitals angeschwollen sind, noch eine besondere Stipulation verlangt, wodurch der Schuldner auch die Zinsen über das duplum hinaus verspricht. Hier sagt nun Ulpian: Eine solche Stipulation soll nichts helfen, und wenn dennoch die Zinsen über die Höhe des Kapitals gezahlt sind, so sollen sie zurückgefordert werden können; mit anderen Worten: der Gläubiger soll durch eine solche Stipulation das Verbot der usurae supra duplum nicht umgehen können. So erhält die Stelle einen ganz natürlichen, auch zu dem geschilderten Entwickelungsgange dieser Lehre gut passenden Sinn. 2) L. 9. pr. D. 22. 1.[207]) aus Papinian's lib. 11. Responsorum. Diese Stelle hat einen ähnlichen Zweck, wie die vorhergehende, die Umgehung der Zinsenbeschränkungen durch besondere Stipulationen, und zwar hier durch eine stipulatio poenae, zu vereiteln. Ist nämlich für den Fall, daß das verzinsliche Kapital binnen einer bestimmten Zeit nicht gezahlt worden ist, das Doppelte als Strafe der Verzögerung stipulirt, so soll dieses Versprechen, soweit es die zweite Hälfte des Doppelten betrifft (in altero tanto), welches alterum tantum eben die Conventionalstrafe ausmacht, nicht über das gesetzliche Zinsenmaaß hinaus bindend sein, sondern nur für diejenige Summe Kraft haben, welche übrig bleibt, wenn aller Ueberschuß über die gesetzlich erlaubte Zahl der Zinsenprocente nach Verhältniß eines jeden Zeitabschnittes abgezogen ist[208]). Unzweifelhaft ist hier die stipulatio dupli an die gesetzliche Zahl der Zinsprocente gebunden; aber einen speciellen Beweis für das gesetzliche Verbot der usurae supra duplum liefert diese Stelle nicht. Denn, wenn die Stipulation nur auf das duplum ge-

207) „Pecuniae foenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimum usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscunque temporis superfluo detracto, stipulatio vires habebit."

208) L. 17. pr. L. 20. 29. D. 22. 1. L. 8. C. IV. 2.

Digitized by Google

richtet war, ſo kommt in dieſer Stelle eben dadurch das „supra duplum“ außer aller Frage; es kann dafür keine Vorſchrift aus derſelben abgeleitet werden; ſondern es kann ſich in der Stelle nur darum handeln, wie das duplum im Einklang mit den geſetzlichen Beſchränkungen der Zahl der Zinſenprocente zu berechnen iſt. Dieſe Frage beantwortet nun der Juriſt ganz einfach und richtig dahin: Die Stipulation gilt nur ſo weit, als die erlaubten Procente nach Maaßgabe der Zeit, in welcher die Zahlung verzögert worden iſt, reichen; deshalb muß Alles, was darüber hinausgeht, nach Verhältniß der einzelnen Zeitabſchnitte in Abzug gebracht werden, damit ſich die verſprochene Summe auf die Zeit der verzögerten Zahlung nach den geſetzlich erlaubten Procenten gleichmäßig vertheilt[209]). Hiernach ſagt Papinian in der angeführten Stelle ganz daſſelbe, was er auch im dritten Buche ſeiner Responsa bei einer anderen Gelegenheit ausſpricht[210]). Dieſelbe, in der Note mitgetheilte Stelle findet ſich auch, nach der Relation Ulpian's, in den Digeſten wieder[211]), woraus mit Recht geſchloſſen werden kann, daß das klaſſiſche römiſche Recht hier unverändert in Juſtinian's Compilation übergegangen ſei. Mit dem Geſagten ſtimmt auch Modeſtinus überein, welcher den Grundſatz noch allgemeiner und einfacher ausdrückt[212]). 3) L. 4. §. 1. D. 22. 2.[213]) aus Papinian's lib. III.

---

209) Auch der Digeſtencommentator Stephanus im index L. 2. pr. D. 22. 1. (Sch. *Ἐὰν τις δανείσας* Basil. Heimb. T. II. p. 609.) bringt die Stelle mit dem Verbote der usurae supra duplum nicht in Verbindung, ſondern bezieht die Stipulation auf das Verſprechen doppelter Zinſen für den Fall des Verzuges. Er erklärt dieſe Stipulation für ungiltig, ſoweit ſie das geſetzliche Zinſenmaaß überſteigt. Er ſagt: „*Ἐὰν τις δανείσας χρήματα ἐπερωτήσῃ τὸν ῥέον· ἐὰν τῇδε τῇ προθεσμίᾳ μὴ καταβάλῃς τὸ χρέος, δώσεις μοι τόκους διπλοῦς· περιγράφειν τὰς διατάξεις δοκεῖ. ὅθεν εἰ μὴ καταβληθῇ τῇ ὡρισμένῃ προθεσμίᾳ τὸ ἀργύριον, οὐ τὸν διπλοῦν ἀπαιτεῖ τόκον, ἀλλὰ τὸν λεγίτιμον. τοιγαροῦν ἀπὸ ἑκόστου καιροῦ κατὰ ἀναλογίαν μέρος τοῦ ἐπερωτηθέντος ὑπεξαιρεῖται τόκου, καὶ οὕτως ἡ ἐπερώτησις ἔρρωται, τὸν λεγίτιμον καὶ μόνον εἰσπραττομένη τόκον. οἷόν τι λέγω. ἐπερωτήσας ὁ δανειστὴς τόκους ἀπὸ τρίτης ἑκατοστῆς οὕτως εἶπεν. εἰ δὲ μὴ καταβάλῃς μοι τῇδε τῇ προθεσμίᾳ τὰ νομίσματα, δώσεις μοι τόκον διπλοῦν. ἐντοῦ θα γὰρ μόρας γενομένης, ὅσον μὲν ἀπὸ τῶν ῥημάτων δύο τρίτα ἑκατοστῆς ὑπὲρ νομισμάτων δεβίτων ὀφείλει τῷ δανειστῇ. πλὴν ἐπειδὴ τὰ δύο τρίτα συνεισαγόμενα δίμοιρον ἑκατοστῆς ποιεῖ, ὑπὲρ τὸν λεγίτιμον εὑρίσκεται τόκον, τοῦτ' ἔστιν, ὑπὲρ τὴν ἡμίσειαν ἑκατοστῆς. ὑπεξαιρεῖται οὖν ἀπὸ μὲν τοῦ ἑνὸς τρίτου δωδέκατον, ἀπὸ δὲ ἑτέρου τρίτου ἄλλο δωδέκατον, καὶ οὕτως ἥμισυ καὶ μόνον ἑκατοστῆς ὑπὲρ ἑκατὸν νομίσματα ὁ ἐπερωτήσας λαμβάνει [ὁ]δανειστής.*“

210) Fragm. Vat. §. 11.: „Convenit ad diem pretio non soluto venditori alterum tantum praestari. Quod usuram centesimam excedit, in fraudem iuris vidētur additum. Diversa causa est commissoriae legis, cum in ea specie non foenus illicitum exerceatur, sed lex contractus non improbabilis dicatur.“

211) L. 13. §. 26. D. 19. 1. (Ulpian. lib. 32 ad Edictum.)

212) L. 44. D. 22. 1.: „Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.“

213) „Pro operis servi traiectitiae pecuniae causa secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimae, non ultra duplum debetur. In stipulatione foenoris post diem periculi separatim interposita, quod in ea usurae

Digitized by Google

Responsorum. Diese Stelle ist sehr verschieden ausgelegt worden, namentlich hat man daraus gefolgert, daß Papinian auch für die traiectitia pecunia das Verbot der usurae supra duplum darin ausgesprochen habe[214]). Dieser Punkt ist zuerst zu erörtern, weil dadurch die Grundlage für die Erklärung der Stelle gegeben wird. Bei den Römern war es Sitte, bei der traiectitia pecunia mit dem Schiffe einen Sclaven abzuschicken, damit dieser, sobald Schiff und Ladung am Bestimmungsorte glücklich angelangt waren, das Kapital sammt Zinsen zur verabredeten Zeit einkassire. Erfolgte in dieser Zeit die Zahlung nicht, so ließ man gewöhnlich[215]) eine Privatstrafe für jeden Fall der Säumniß[216]) (eine poena pro operis oder ob operas servi traiectitiae pecuniae causa secuti) zum voraus sich versprechen[217]). Denn der Sclave wurde durch die verzögerte Zahlung länger an dem überseeischen Orte zurückgehalten; es entstanden größere Kosten seiner Verpflegung in der Fremde; er verwendete vergebliche Mühe auf die Erlangung der Forderung, und die Früchte der Thätigkeit des Sclaven zu Hause waren dem Herrn entzogen. Für diesen Schaden sollte nun die poena als Ersatz dienen. Damit diese aber nicht zu hoch gegriffen werde, so war sie an das Maaß der höchsten erlaubten Zinsen gebunden[218]). Demnach bezieht sich unsere Stelle durchaus nicht auf die Zinsen des über See geliehenen Kapitals; sie bestimmt weder für die Zinsen desselben, welche zur Zeit der klassischen römischen Juristen in infinitum erlaubt waren[219]), ein bestimmtes Maaß, noch spricht der Jurist darin ein Verbot der usurae supra duplum aus, was ja ohnehin bei der Gestattung der usurae infinitae unmöglich gewesen wäre. Dieser Erklärung entsprechend, ist unsere Stelle deutsch so wiederzugeben: „Was für die operae eines wegen des überseeischen Darlehns mitgesendeten Sclaven als Privatstrafe für jeden Tag der verzögerten Zahlung versprochen worden ist, gilt nur bis zur Grenze der usurae centesimae und nicht über das Doppelte des Kapitals. Die Partikel „non" in Verbindung mit den Worten „ad finem centesimae non ultra duplum debetur" gilt

---

legitimae durit, per alterum stipulationem operarum (Holeander liest besser usurarum) supplebitur." Cuiacius, Tract. ad Africanum VII. (Opp. prior. T. I. p. 1450.) theilt, wahrscheinlich aus der verloren gegangenen Basilikenhandschrift, welche die nicht mehr vorhandenen Bücher 53—59 der Basiliken enthielt, folgende griechische Paraphrase dieser Stelle mit: *„Τὸ ὡρισμένον τῷ ἀκολουθοῦντι δούλῳ διὰ τὸ διαπόντιον, μέχρι τῆς ἑκατοστῆς οὐχ ὑπὲρ τὸ διπλοῦν κεχρεώστηται."* Cf. Basil. LIII. 5. cap. 4. ed. Heimb. T. V. p. 117.

214) Balduinus, Iustinian. Lib. I. p. 70. (edit. 1596.) Rittershusius, Ius Iustinian. P. III. cap. IX. nr. 7. p. 177.

215) L. 23. pr. D. 44. 7. Vgl. auch L. 122. D. 45. 1.

216) L. 1. D. 38. 1.: „Operae sunt diurnum officium." L. 2 sqq. D. eod.

217) Vergl. auch L. 13. i. f. D. 3. 5. L. 3. §. 8. D. 15. 1. L. 8. 9. D. 22. 2.

218) L. 4. pr. D. 22. 2.

219) Paul. Sent. Lib. II. Tit. 14. §. 3. vgl. mit L. 1. C. IV. 33. L. 26. §. 1. C. IV. 32. verb. In traiectitiis autem contractibus etc. Nov. 106. 110.

Digitized by Google

also, wenn nur das vorstehende Komma recht beachtet wird, gleich „nec“ [220]); ein nicht selten vorkommender Sprachgebrauch. Nach der vorstehenden Erklärung sagt der Jurist in unserer Stelle bei Gelegenheit des foenus nauticum im allgemeinen nichts Anderes, als was er in L. 9. pr. D. 22. 1. über das Versprechen einer Privatstrafe für die verspätete Zahlung verzinslicher Darlehen überhaupt ausgesprochen hat. In der That ist auch der Fall in unserer Stelle von jedem anderen Falle einer für verspätete Zahlung stipulirten Privatstrafe nicht wesentlich verschieden. Denn die unbeschränkten Zinsen zu der Zeit der klassischen Juristen und die höheren Zinsen zu Justinian's Zeit werden bei der traiectitia pecunia blos wegen der Gefahr während der Seereise gestattet: „propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis“ [221]); bei der stipulirten poena wegen verzögerter Zahlung nach der glücklichen Ankunft des Schiffes fällt das Charakteristische des foenus nauticum, die besondere Gefahr, weg. — Gehen wir von dem Digestenrechte auf das Recht des Codex über, so finden wir, der Zeitfolge uns anschließend, im Justinianischen Codex eine Constitution des Kaisers Antoninus [222]), welche, wie allgemein anerkannt wird, das Verbot der usurae supra duplum nur auf rückständige Zinsen beschränkt. Diejenigen, welche in den Digesten das gedachte Verbot in der weiteren Ausdehnung finden, sehen natürlich das Digestenrecht durch diese Constitution als abgeändert an. Der Kaiser, von welchem die Verordnung herrührt, ist Antoninus Caracalla [223]), und zwar fällt dieselbe in die Zeit seiner Alleinregierung von 212—217 n. Chr. G., mitten in den Höhepunkt der klassischen Periode des römischen Rechtes. Dafür, daß die Verordnung keine correctorische Vorschrift enthalte, sondern nur eine einfache Anwendung des damals geltenden Rechtes sei, sprechen folgende Gründe. Erstens ist die Verordnung ein Rescript an einen gewissen Donatus,

---

220) Dies wird durch die in Note 213 angeführte griechische Paraphrase bestätigt.

221) Paul. Sent. II. 14. §. 3. L. 1. 5. D. 22. 2. L. 1—4. C. IV. 33.

222) L. 10. C. IV. 32.: „Usurae per tempora solutae non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem.“ In den Basiliken (Lib. XXIII. tit. 3.) ist diese Stelle weggelassen, weil sie durch die späteren Constitutionen Justinian's abgeändert worden ist.

223) Obgleich die Constitution keine Subscription hat, so weist doch auf Caracalla als Urheber nicht nur der gerade für ihn sehr gebräuchliche Name „Imp. Antoninus“ schlechthin (vgl. L. 1. 2. C. in quib. caus. pign. VIII. 14. (15.) L. 1—4. C. VII. 73. L. 2. C. V. 58.), sondern auch die Reihenfolge der Constitutionen im Titel de usuris der Chronologie nach entschieden hin. L. 1. C. IV. 32. rührt nämlich nach der Inscription von Antoninus Pius her; L. 2—5. mit der Inscription „Impp. Severus et Antoninus“ von Septimius Severus und seinem Sohne Antoninus Caracalla als Mitregenten: L. 6—11. mit der Inscription „Imp. Antoninus“ von Caracalla als alleinigem Regenten seit 212; dem folgt L. 12. mit der Inscription „Imp. Alexander“, also Alexander Severus seit 222. Vgl. Sell a. a. O. S. 66 flg.

Digitized by Google

und wesentliche Veränderungen des geltenden Rechtes pflegten zu dieser Zeit nicht durch einfache Rescripte zu geschehen. Hierzu kommt die ganze Fassung der Constitution, welche recht eigentlich für eine Anwendung des geltenden Rechtes auf den einzelnen vorliegenden Fall paßt. Auch die nach und nach gezahlten Zinsen sollten hier in das duplum eingerechnet werden; der Kaiser aber rescribirt: Dies geht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht, sondern nur dann leidet das Verbot der usurae supra duplum Anwendung, wenn zur Zeit der Zahlung die Summe der rückständigen oder aufgelaufenen Zinsen den Betrag des Kapitals übersteigt. Aus der Zeit zwischen dieser Verordnung von Antoninus Caracalla und den neueren Vorschriften Justinian's ist hier noch eine von den Kaisern Gratian, Valentinian II. und Theodosius I. aus dem J. 380 herrührende Constitution im Theodosischen Codex zu erwähnen [224]). Diese bezieht sich in ihrem in der Note herausgehobenen Theile offenbar auf den Fall, wenn die rückständigen Zinsen bis zum Betrage des Kapitals angeschwollen sind; dies beweisen die Worte „et casu — adaequetur", und es geht dies mit Nothwendigkeit daraus hervor, daß die ganze Constitution nur von den Folgen eines rechtskräftigen Urtheils handelt, wenn diesem binnen zwei Monaten (Justinian hat diese Frist auf vier Monate erweitert; vgl. L. 3. §. 1. C. VII. 54.) nicht Folge geleistet worden ist. Denn verurtheilt kann der Beklagte natürlich nur in die rückständigen Zinsen werden, nicht aber in die schon gezahlten. Hiernach läßt sich aus der angeführten Verordnung des Theodosischen Codex nichts Entscheidendes für unsere Hauptfrage herleiten, noch viel weniger aber, wie Manche wollen [225]), daraus die Folgerung ziehen, daß durch dieselbe die Vorschrift von Caracalla abgeändert und das Verbot der usurae supra duplum auch auf die nach und nach gezahlten Zinsen ausgedehnt worden sei. Ebensowenig kann eine Aenderung des früheren Rechtes aus einer Stelle bei dem im 5. Jahrhundert v. Chr. lebenden Sidonius Apollinaris [226]) gefolgert werden; weil darin zwar erwähnt wird, daß die rückständigen Zinsen bis zur Größe des Kapitales angeschwollen sind, daß aber der Gläubiger auf die ganze Hälfte seiner Forderung (d. h. auf alle rückständigen Zinsen) freiwillig verzichte und sich mit dem Kapital allein begnüge. Es ist jetzt noch zu erörtern, ob und was Justinian an dem früheren Rechte, wonach sich das Verbot der usurae supra duplum auf die rückständigen Zinsen beschränkte, durch seine Constitutionen im Codex oder

224) L. un. §. 2. Th. C. IV. 19.: „Distinguendum vero hoc quoque arbitrati sumus, ut, si contractus debiti ex stipulatione descendit, et casu usurae per annorum curricula summam capitis impleverint (scilicet ut quantitas sortis quantitati foenoris adaequetur), post sententiam usurae duplices non utriusque debiti currunt, sed capitis quidem duplae, usurarum vero simplae."

225) Gothofredus ad L. un. Th. C. IV. 19.

226) Sidon. Apollinaris Lib. IV. Ep. 24. verb.: „ — et superpositam medietatem, quae per usurae nomen accrevit, indulgeam, sola simpli restitutione contentus."

Digitized by Google

durch die Novellen geändert habe. In dem Codextitel de usuris finden sich nach einigen Ausgaben[227]) drei Constitutionen Justinian's, welche sich auf das Verbot der usurae supra duplum beziehen: L. 27. §. 1. L. 29. 30. C. IV. 32. Es gehört aber nur L. 27. §. 1. hierher[228]). Denn die als L. 29. 30. C. IV. 32. in den Ausgaben abgedruckten Stellen sind keine Codexstellen, wie schon daraus hervorgeht, daß sie in den Basiliken (Lib. 23. tit. 3. cap. 78.) unter den Fragmenten der Novellen stehen, welche regelmäßig den Schluß des Titels ausmachen, sondern sie sind Auszüge aus den Novellen, die erste Stelle aus Nov. 121. cap. 2., die zweite aus Novelle 138[229]), welche Auszüge aus dem Breviarium Novellarum des Theodorus entlehnt sind[230]). Was aber die glossirte L. 27. §. 1. C. IV. 32. betrifft, so bedarf es zur richtigen Auffassung der Vorschrift dieser Constitution der Betrachtung derselben in demjenigen Zusammenhange, in welcher sie im Titel des Codex de usuris erscheint. Justinian suchte nämlich das alte tiefgewurzelte Uebel des Zinswuchers durch eine umfassende Gesetzgebung endlich auszurotten und die Zinsenforderungen durch feste allgemeine gesetzliche Normen zu beschränken[231]). Zu diesem Zwecke bestimmt er in der bekannten L. 26. §. 1. C. h. t. durch eine „generalis sanctio" die Zahl der gesetzlich erlaubten Procente ausführlich und umfassend, und zwar so, daß die früher erlaubten 12 Procent bedeutend herabgesetzt werden; in L. 28. C. h. t. verbietet er den früher nicht wirksam genug unterdrückten Anatocismus, und zwischen diesen beiden Constitutionen steht die L. 27. cit., in deren Eingange der Kaiser seiner allgemeinen Verordnung in der vorhergehenden L. 26. über die Zahl der Zinsenprocente unter näherer Bestimmung rückwirkende Kraft beilegt. Hierauf folgt unser §. 1, worin vorgeschrieben wird: „Außerdem (d. h. außer der Vorschrift des prooem.) soll durchaus nicht gestattet sein, daß der Zinsenlauf über das Doppelte des Kapitales hinausgehe." Betrachtet man diesen ersten Satz allein für sich, so könnte daraus gegen die gewöhnliche Ansicht, welche in dieser Verordnung keine Ausdehnung des Verbotes der usurae supra duplum auf die nach und nach gezahlten Zinsen findet, Zweifel entstehen[232]). Man könnte etwa einwenden:

---

227) Bei Bauboza, Gothofredus, Gebauer-Spangenberg und in den neueren Ausgaben von Beck und Kriegel-Herrmann.

228) „Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus: nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi permittebant. Quod et in bonae fidei iudiciis ceterisque omnibus casibus, in quibus usurae exiguntur, servari censemus."

229) Vgl. Biener, Beiträge zur Revision des Justin. Codex S. 149.

230) Cf. Zachariae de Lingenthal, *Ἀνέκδοτα* p. 124. (Nov. 121.) und 152. (Nov. 138. nr. 1.)

231) L. 26. §. 1. pr. C. IV. 32. (Justinian): „Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes etc."

232) Schon Theodorus in der Summa der Novelle 121 (Sch. *Θεοδώ-*

Wenn der Zinsenlauf überhaupt auf das Doppelte beschränkt ist, so muß derselbe immer aufhören, sobald das Kapital soviel Zinsen ertragen hat, daß das duplum desselben erfüllt ist; gleichviel, ob die Zinsen nach und nach gezahlt oder ob sie rückständig geblieben sind. Denn die Zinsen beginnen ihren Lauf gewöhnlich mit der Hingabe des verzinslichen Darlehens, und diesem Zinsenlaufe ist mit dem Erreichen des Doppelten die gesetzliche Grenze gesteckt. Man könnte sich noch weiter darauf berufen, daß nach der allgemeinen Fassung des Anfanges von §. 1 nirgends eine Beschränkung der Verordnung des Kaisers auf rückständige Zinsen ausgesprochen sei. Betrachtet man indessen den ganzen Inhalt der Constitution genauer, so muß jeder Zweifel schwinden, welchen diese Argumentation auf den ersten Blick erregen kann. Die Absicht des Kaisers bei seiner Verordnung in L. 27. §. 1. war allein, die rückständigen usurae supra duplum auch bei Pfandforderungen zu verbieten, bei welchen manche ältere Gesetze dieselben gestatteten[233]). Deshalb spricht er sich im Eingange des Paragraphen so nachdrücklich aus; aber blos in Hinsicht auf den erwähnten einzelnen Fall, auf welchen allein der vorhergehende, allgemeiner gefaßte Eingang bezogen wird: Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus: nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint etc. Am Schlusse des Paragraphen dehnt alsdann der Kaiser dieses sein Verbot der rückständigen usurae supra duplum bei Pfandforderungen auf die iudicia bonae fidei, sowie auf alle diejenigen Fälle aus, in welchen Zinsen gefordert werden. Dagegen kann man eine Ausdehnung dieses Verbotes auf die nach und nach gezahlten Zinsen in dieser Verordnung nicht finden. Eine so wesentliche, in den Verkehr so tief eingreifende Neuerung des früheren Rechtes würde Justinian nach seiner gewöhnlichen Weise mit vielem Wortschwall und Lob seiner weisen Verbesserung, nicht so obenhin ausgesprochen haben. Namentlich würde er nicht den einzigen Fall der Pfandforderungen allein erwähnt haben, wenn er das Verbot der Zinsen über das Doppelte, welches vor ihm nur bei rückständigen Zinsen galt, ganz allgemein auch auf die gezahlten hätte ausdehnen wollen. Dagegen liegt der Gedanke sehr nahe, daß Justinian in L. 27. §. 1. cit. dem Verbote der rückständigen Zinsen ultra duplum erst allgemeine Geltung verschaffen wollte; was ihm dann auch den Weg zu einer weiteren Ausdehnung dieses Verbotes in späterer Zeit bahnte. Dazu kommt noch

---

ρον. Οἱ κατὰ μέρος Basil. Heimb. T. II. p. 734.) scheint die L. 27. C. IV. 32. auch auf die successiv bezahlten Zinsen zu beziehen.

233) In Justinian's Compilation finden sich überhaupt manche Stellen, welche zeigen, daß die Bestellung eines Pfandes bei Zinsenversprechen und in anderer Beziehung Vortheil bringen konnte. Deshalb wird in den Quellen bisweilen bei Zinsenbeschränkungen der Fall der Pfandbestellung ausdrücklich in der beschränkenden Vorschrift begriffen: L. 4. pr. i. f. D. 22. 2. verb.: nec pignora, vel hypothecae titulo maioris usurae tenebuntur. L. 4. 21. 22. C. IV. 32. L. 19. C. IV. 35.

Digitized by Google

der weitere Hauptgrund, daß die L. 10. C. h. t. von Caracalla, welche das Verbot der Zinsen über das Doppelte so bestimmt nur auf rückständige Zinsen beschränkt, in demselben Haupttitel des Codex, als praktisch geltendes Recht aufgenommen worden ist, da es nach dem Geiste Justinian's nicht recht denkbar erscheint, daß er, während er sonst seinen Verordnungen über Beschränkung der Zinsen zum Theil rückwirkende Kraft beilegt, die L. 10. als blos geschichtliche Nachricht hätte aufnehmen lassen, wenn er gerade das Gegentheil als positives Recht bestimmt hätte. Endlich lassen sich auch die Worte der L. 27. §. 1. cit. „Cursum usurarum ultra duplum minime procedere concedimus" gewiß eher von den rückständigen, als von den bereits bezahlten Zinsen verstehen, weil die letzteren durch die Zahlung aus dem Laufe völlig ausgeschieden sind. Geht man nun zu den Vorschriften der Novellen über, so führte der Kaiser seine auf Beschränkung der Zinsen gerichtete Absicht, die sich in den bisher erwähnten zweckmäßigen Bestimmungen kund gegeben hatte, durch Einen Schritt weiter zu einer unzweckmäßigen, in die Freiheit des Privatverkehrs zu tief eingreifenden Vorschrift. Schon früher mochte wohl der Gedanke, daß die auf Einmal geforderten Zinsen als Nebensachen, den Betrag des Kapitals, der Hauptsache, nicht übersteigen sollten, bei der Einführung des Verbotes der usurae supra duplum für rückständige Zinsen mitgewirkt haben[234]). Justinian faßte diesen Gedanken allgemein auf[235]) und wendete das Verbot der Zinsen über das Doppelte nicht blos, wie früher, auf diejenigen Zinsen an, welche auf Einmal gefordert worden sind (die rückständigen), sondern er dehnte dasselbe auch auf die nach und nach gezahlten Zinsen aus, so daß nunmehr jeder Zinsenlauf sistirt war, sobald der Gesammtbetrag der Zinsen die Summe des Kapitals erreicht hatte, mochten sie gezahlt oder rückständig geblieben sein. Ja, wenn die nach und nach gezahlten Zinsen die Größe des Kapitals erreicht hatten, z. B. zu 5 Procent in 20, zu 8 Procent in 13 Jahren; und sie nach dieser Zeit noch einmal so lange (also im Ganzen 40 oder 26 Jahre) fort entrichtet wurden; so war dadurch das ganze Kapital zurückgezahlt oder der Anspruch darauf verloren. Denn die Zinsen über das Doppelte mußten von dem nunmehr unverzinslichen Kapital in Abzug gebracht werden[236]). Dadurch war denn für die Gläubiger die rechtliche Noth-

234) Arg. L. 44. pr. D. 21. 1.

235) Nov. 121. cap. 2. „*Τῶν τοίνυν ἡμετέρων νόμων μηδὲν ὑπὲρ τὸ διπλάσιον καταβάλλεσθαι βουλομένων* etc." Vgl. auch Nov. 138. 160. prooem. Edict. Iustinian. IX. cap. 5. Das frühere Gesetz Justinian's, auf welches diese verschiedenen Verordnungen hinweisen, ist wohl L. un. C. VII. 47.

236) Schon die byzantinischen Juristen haben dieselbe Folgerung aus Justinian's Verordnungen in den Novellen gezogen. Vgl. Sch. *Οἷον* Basil. Heimb. T. II. p. 734. Sell a. a. O. S. 80 flg., N. 3 ist im Irrthum, wenn er dieses Scholium dem Theodorus zuschreibt, von welchem nur das unmittelbar vorhergehende Sch. *Θεοδώρου. Οἱ κατὰ μέρος* Basil. Heimb. l. c., eine Summa der Nov. 122. cap. 2., herrührt; denn in dieses Juristen Breviarium Novellarum findet

Digitized by Google

wendigkeit herbeigeführt, nach einer bestimmten Reihe von Jahren ihre Kapitalien wieder einzuziehen, wenn sie nicht der weiteren Zinsen oder gar des ganzen Kapitals verlustig gehen wollten. Wenn auch dieser Zeitraum nunmehr, nach Herabsetzung der Zinsprocente durch Justinian, ein bedeutend größerer war, als früher, so mußten hieraus doch immer manche Wechsel, manche Störungen im Geldverkehr und manche Kosten entstehen, welche den ärmeren Schuldner in der Regel härter trafen, als den reicheren Gläubiger. — Es fragt sich, ob, da das Zinsverbot des kanonischen Rechtes in Teutschland als aufgehoben zu betrachten ist, und das römisch-justinianische Recht auch hier die Grundlage des positiven gemeinen Rechtes bildet, die vorher angeführten Bestimmungen der Justinianischen Novellen heutzutage praktische Giltigkeit für das gemeine Recht haben, mit anderen Worten: ob das Verbot der usurae ultra alterum tantum nur auf die rückständig gebliebenen oder auch auf die nach und nach gezahlten Zinsen zu beziehen sei [237]). Diese Frage ist nur dahin zu beantworten, daß das Verbot sich nur auf die rückständig gebliebenen Zinsen beziehe, weil alle jene späteren Verordnungen Justinian's nicht glossirt sind. Damit stimmt auch die Praxis in den Ländern, in welchen gegenwärtig noch das gemeine Civilrecht gilt, überein. Dagegen hat bei manchen Civilisten in früherer Zeit die Ansicht Eingang gefunden, daß nach dem Geiste der teutschen Reichsgesetze die Zinsen über den Betrag des Kapitals sogar bei rückständigen Zinsen unbedingt erlaubt seien [238]). Diese Ansicht hält noch Glück [239]) für die der Theorie nach consequenteste. Denn, sagt er, sei für die Lehre von den Zinsen das römische Recht durch das kanonische und selbst durch die alte Reichspraxis ganz und gar vernichtet, so müßten die neueren Vorschriften der Reichsgesetze als das einzige, für die Lehre von Zinsen geltende Recht behandelt werden. Nun enthielten aber die teutschen Reichsgesetze von einem solchen Verbote, nach welchem die Zinsen nicht über die Summe des Kapitals gefordert werden können, überall nichts; sie enthielten vielmehr bedeutende Gründe, aus welchen man annehmen könne, daß nach dem Geiste derselben die Zinsen ohne Unterschied über die Höhe des Kapitals laufen können, sie mögen bezahlt oder noch rückständig sein. Als solche Gründe werden von Glück folgende geltend gemacht. Erstens: aus dem §. 170 des jüngsten Reichsabschiedes erhelle, daß man bei diesem Gesetze zum Hauptaugenmerk mache, durch gewisse in den §§. 171—175 angegebene Milderungsmittel den durch den dreißigjährigen Krieg oder auch durch

---

sich das Sch. *Οἷον* nicht. Vgl. Zachariae de L. *Ἀνέκδοτα* p. 124. 152. In dem Sch. *Οἷον* wird das oben im Texte mitgetheilte Beispiel der 8 Procent Zinsen angeführt.

237) Vgl. darüber Sell a. a. O. S. 81 flg.

238) Schriftsteller, welche dieser Ansicht sind, führt an Glück a. a. O. Bd. 21, S. 109, N. 39.

239) A. a. O. S. 109 flg.

Digitized by Google

allzugroße Anschwellung der Zinsen ruinirten Schuldnern zu Hülfe zu kommen. Die in Gemäßheit des Osnabrücker Friedensinstrumentes §. De indaganda (Art. VIII. §. 5.) nach eingeholtem Gutachten der Reichsgerichte deshalb zu erlassende Reichsconstitution sei nun in den §§. 171—175 des jüngsten Reichsabschiedes enthalten, und solle also nicht nur für die noch schuldigen Kapitalien, sondern auch für die Zinsen gelten. So viel die Kapitalien anlangt, heiße es im §. 172, sollten erstlich dieselben einem jeden Creditor unversehrt und ohne einige Abkürzung richtig verbleiben, und hierwider keine Präscription oder Verjährung wegen der bei währendem Krieg unterlassenen Forderung der Zinsen oder Kapital angezogen noch gelten. Sollten sich also die Schuldner, sagt Glück, mit keiner Verjährung gegen die Forderungen der Gläubiger schützen dürfen, so setze dieses ja den Fall voraus, daß die Kapitalien schon über 30 Jahre stehen müßten. Nun setze man, die Zinsen wären auch nur zu 5 Procent bedungen gewesen, so hätten sie schon in 20 Jahren den Kapitalien gleich gestanden; dennoch habe der Zinsenlauf nicht aufhören sollen, sondern es hätten die verflossenen und noch unbezahlten Zinsen, wie es im §. 173 heiße, bis auf den fünften Theil gänzlich cassirt und aufgehoben sein, die künftigen Zinsen und Interessen aber, jedoch nach Ausweisung der Reichsconstitutionen und weiter nicht als 5 Procent alle Jahre in verglichenen Terminen unfehlbar bezahlt werden sollen, wie §. 174 laute. Hierzu komme zweitens, fährt Glück weiter fort, daß nach Nr. 3. des §. 174 wegen dessen, was an Kapital oder Zinsen allschon bezahlt ist, keine Zurückforderung oder Abkürzung stattfinden solle. Sei nun von Kapitalien die Rede, die schon über 30 Jahre standen, so liege ja hierin die deutliche Verordnung, daß Zinsen, welche zu 5 Procent schon in 20 Jahren die Höhe des Kapitals erreichten, auch über den Betrag des Kapitals sollten laufen können. Zur Erleichterung des Zustandes der Schuldner, worauf es doch bei dieser neuen Reichsgesetzgebung hauptsächlich abgesehen war, wäre es ein weit gelinderes Mittel gewesen, die Vorschriften des römischen Rechtes über die usurae ultra alterum tantum zur Anwendung zu bringen, wenn solche in Teutschland als giltig angenommen worden wären. Endlich, sagt Glück, heiße es noch im §. 171: „Setzen demnach, ordnen und wollen, daß erstlich unter diese Satzung allein die durch den Krieg von Mitteln gekommene, oder durch hohe Aufwachsung der Pensionen und Zinsen beschwerte Schuldiger gezogen werden; diejenige aber, bey welchen es solche Beschaffenheit nicht hat, sondern die ihren Creditoribus mit Reichung der Pensionen und Zinsen zuhalten können, sowohl auch die, so zwar das Ihrige unter dem Kriegs-Wesen mit andern gelitten und beygetragen, dennoch aber solvendo geblieben, und derowegen ihre Creditoren nach Inhalt deren von sich gegebenen Obligationen zu

befriedigen, von Rechtswegen verbunden, darunter im geringsten nicht begriffen seyn können oder sollen." Sollten nun, argumentirt Glück weiter, diejenigen Schuldner, welchen die Wohlthat dieses Gesetzes nicht zu Gute kommen soll, ihre Schulden ohne Abzug bezahlen, so könne ihnen ja wohl auch die Wohlthat des römischen Rechtes nicht zu Statten kommen, oder sie wären, da die letztere Wohlthat viel vortheilhafter sei, als die Wohlthat des teutschen Reichsgesetzes, weit besser daran, als diejenigen Schuldner, für deren Erleichterung das Gesetz sorgen wollte. Glück legt noch besonderes Gewicht auf das Gutachten des Reichskammergerichts vom 7. December 1652, in welchem der Punkt mit den Zinsen ultra alterum tantum zur Sprache kam und das Reichskammergericht sich gegen denselben als den Reichsconstitutionen und deren üblichen Observanz zuwiderlaufend erklärt [240]). — Wenn man aber auch annimmt, daß das kanonische Recht durch das allgemeine Zinsenverbot die Vorschriften des römischen Rechtes über die Zulässigkeit der Zinsen völlig aufgehoben habe, so sind nach bekannten allgemeinen Grundsätzen [241]) doch die ausnahmsweisen Zinsenverbote des römischen Rechtes dadurch nicht als aufgehoben zu betrachten, wenn sie auch, so lange das allgemeine kanonische Zinsenverbot bestand und unbedingt galt, darin factisch untergegangen waren, oder als Ausnahmen nicht zur Anwendung kommen konnten. Sobald demnach später der römische Grundsatz der Zulässigkeit der Zinsen in Teutschland als Regel anerkannt wurde, so mußten auch die ausnahmsweisen Zinsenverbote oder Zinsenbeschränkungen dieses Rechtes, wie das Verbot der usurae supra duplum, als solche zur Anwendung kommen; und es würde offenbar ungereimt sein, wenn man dem allgemeinen kanonischen Verbote der Zinsen die Wirkung beilegen wollte, daß durch dasselbe diejenigen Bestimmungen des römischen Rechtes aufgehoben

240) Die betreffende Stelle (vgl. Meiern, Acta comitialia Ratisbonensia Lib. III. §. 12. nr. 1.) lautet also: „Anlangend nun die Weiß, daß nämlich viel oder wenig an den verfallenen schuldigen Zinsen nachzulassen, und hingegen selbe den creditoribus contra fidem contractus, imo contra ius eiusdemve principia et praecepta abzusprechen, will uns, als die wir von Ew. Kais. Maj. und den gesammten des heil. Reichs Ständen hierher zu der Justiz verordnet und beeidiget worden, auch der den Rechten subordinirten Aequität nicht ähnlich bedünken, wohlerwogen u. s. w. Daher wir zur Ergreifung eines solchen extremi, wodurch unzählbare Kirchen, Klöster, Hospitalien, und anderen geist- und weltlichen Stiftungen zu Grunde gehen, und so viele unschuldige nothleidende Personen in das äußerste Verderben gesetzt würden, unseres wenigen Orts nicht einrathen, vielweniger das neulich von etlichen herfürgesuchte, den bekannten Reichs-Constitutionibus und deren üblichen Observanz zuwiderlaufendes, sowohl Capital als Pensiones höchstschädlicher Weise absorbirende alterum tantum einiger Maaßen gut heißen können, angesehen dasselbe den Creditoribus unvorsehener Dingen viel Millionen nicht allein benehmen, sondern auch eine verderbliche condictionem indebiti über den Hals ziehen würde."

241) L. 41. D. 48. 19. L. 80. D. 50. 17. Cap. 1. de constitut. in VI. (I. 2.)

Digitized by Google

worden seien, welche gerade im Geiste jenes derogatorischen Gesetzes sind[242]). Was sodann die teutschen Reichsgesetze betrifft, so eifern auch diese stark genug gegen den Zinswucher, und wenn sie später auch das Zinsennehmen zulassen, so läßt sich doch bei unbefangener Betrachtung des Geistes der Reichsgesetzgebung, wie der Reichspraxis, sofern nicht annehmen, daß diese die Zinsenverbote oder Zinsenbeschränkungen des römischen Rechtes ein für alle Mal haben aufheben und dadurch die Lage der Schuldner drückender machen wollen, als dieses sogar nach römischem Rechte der Fall war. Gegen die von Glück für seine Ansicht aus dem jüngsten Reichsabschiede §. 170—175 entlehnten besonderen Gründe ist Folgendes zu bemerken. Allerdings bezweckte der jüngste Reichsabschied §. 170—175 den durch den dreißigjährigen Krieg zurückgekommenen Schuldnern zu Hilfe zu kommen und ihre Lage zu erleichtern. Man würde aber sehr irren, wenn man lediglich die Erleichterung der Schuldner als Hauptzweck der in den §. 171—175 getroffenen Bestimmungen ansehen wollte; nicht minder und wenigstens ebenso sehr, wie für die Schuldner, sorgte das Gesetz für die Aufrechterhaltung der wohlerworbenen Rechte der Gläubiger. Zum Vortheil der Gläubiger insbesondre ist die Bestimmung des §. 172 getroffen worden, daß die Kapitalien einem jeden Gläubiger unversehrt und ohne einige Abkürzung richtig verbleiben und hierwider keine Präscription oder Verjährung wegen der bei währendem Krieg unterlassenen Forderung der Zinsen oder des Kapitals angeführt werden und gelten solle. Die Verjährung der Klage ist eine Strafe der Nachlässigkeit des Gläubigers, welcher sein Klagrecht binnen der gesetzlichen Zeit nicht geltend macht. Die Verjährung läuft aber nicht, wenn der Gläubiger sich in dem Zustande der rechtlichen Unmöglichkeit, sein Recht geltend zu machen, befindet; worauf z. B. die Ausschließung der Verjährung bei Pupillen während der pupillaris aetas, bei Dotalsachen während der Dauer der Ehe beruht. Auch die dauernde factische Unmöglichkeit, sein Recht geltend zu machen, hemmt, so lange sie dauert, die Verjährung; darauf beruht z. B. die Ausschließung des Laufes der Verjährung hostilitatis tempore im kanonischen Rechte[243]). In einer Zeit so lange dauernder allgemeiner Drangsale, wie im dreißigjährigen Kriege, wo oft selbst die Thätigkeit der Gerichte lange Zeit nothwendig gehemmt war, konnte es keinem Gläubiger als Nachlässigkeit zugerechnet werden, wenn er den Schuldner, der ja meistens in zerrütteten Vermögensumständen war, wegen Kapitals und Zinsen nicht gerichtlich belangte, weil er die Erfolglosigkeit eines jeden solchen Schrittes voraussah. Im Interesse und

242) Vgl. Sell a. a. O. S. 88 flg. Auch Thibaut, auf dessen civil. Abhandlungen Nr. VII, S. 125 flg. Glück sich besonders gestützt hat, stimmt mit der obigen Ansicht überein und er verwahrt sich später ausdrücklich gegen die von letzterem aus seiner Ansicht gezogene Folgerung. Vgl. Thibaut, Syst. des Pandektenr. §. 197, N. 1 a. E. (8. Aufl.) mit dessen civil. Abhandl. S. 123

243) Vgl. den Artikel Verjährung Bd. XII, S. 420—424.

Digitized by Google

zu Gunsten der Gläubiger also, nicht der Schuldner schloß §. 172 des jüngsten Reichsabschiedes jede Berufung auf Verjährung auf die Zeit während der Dauer des dreißigjährigen Krieges aus. Gleichfalls nur im Interesse und zum Vortheil der Gläubiger rieth das Reichskammergericht in seinem Gutachten vom 7. December 1652 von der Anwendung des römischen Verbotes der usurae ultra alterum ab. Denn als Motiv führt es an, daß durch dessen Anwendung viele Kirchen, Klöster Hospitalien und andere geistliche und weltliche Stiftungen zu Grunde gehen und viele unschuldige nothleidende Personen in das äußerste Verderben gerathen würden, daß durch Anwendung jenes Verbotes den Gläubigern viele Millionen nicht nur entzogen, sondern die Gläubiger auch einer verderblichen condictio indebiti ausgesetzt werden würden. Das Reichskammergericht versteht übrigens das Verbot der usurae supra duplum nicht blos von rückständig verbliebenen, sondern auch von bereits bezahlten Zinsen. Denn die von ihm angeführte Voraussetzung, daß die Gläubiger bei der Anwendung jenes Verbotes einer verderblichen condictio indebiti ausgesetzt werden würden, kann nur in dem Falle eintreten, wenn der Schuldner bereits nach und nach mehr Zinsen gezahlt hat, als das Kapital beträgt, welchenfalls er die über den Betrag des Kapitals gezahlten Zinsen vom Kapital in Abzug bringen oder, wenn die bezahlten Zinsen mehr als das Doppelte des Kapitals betragen, insoweit sie mehr betragen, mit jener Klage zurückfordern kann. Das Reichskammergericht erklärt auch noch das römische Verbot der usurae ultra alterum tantum als den bekannten Reichs-Constitutionibus und deren üblichen Observanz zuwiderlaufend. Auf diese Aeußerung kann jedoch nicht viel Gewicht gelegt werden. Es ist bekannt, daß selbst bei den Protestanten das kanonische Verbot des Zinsennehmens noch bis in das 17. Jahrhundert seine Wirkungen äußerte[244]), und erst nach und nach außer Anwendung kam. Hatte lange Zeit, während des 16. und eines Theils des 17. Jahrhunderts sich noch keine feste Ansicht über die Zulässigkeit des Zinsennehmens bei Darlehnen überhaupt gebildet, so ist es um so weniger zu verwundern, daß über die Anwendbarkeit des römischen Verbotes der usurae supra duplum bis in die Mitte des 17. Jahrhunderts herab sich noch keine feste Ansicht und Praxis gebildet hatte. Allerdings war das Reichskammergericht gegen die Anwendbarkeit jenes Verbotes, und dasselbe hat auch noch später dem Gläubiger mit dem Kapital die Zinsen ultra alterum tantum zuerkannt[245]). Allein die Ansicht des Reichskammergerichtes war nicht maaßgebend und es finden sich in der Mitte des 17. Jahrhunderts, also zu gleicher Zeit, wo dieses Gericht sich gegen die Anwendbarkeit jenes Verbotes erklärte, einzelne teutsche Länder, in denen

244) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 21, S. 96 flg.

245) Cramer, Observ. iur. univ. T. I. Obs. 102. Lauterbach, Coll. theor. pract. Pandect. Lib. 22. tit. 1. §. 26. i. f.

Digitized by Google

weder die Gerichte und Spruchcollegien, noch die Rechtslehrer, noch endlich die Landesherren und ihre Stände an der Anwendbarkeit desselben gezweifelt, sondern dieselbe als sich von selbst verstehend angenommen haben[246]). Die Hauptsache aber ist, daß aus dem jüngsten Reichsabschiede §. 170 ff. nichts gegen die Anwendbarkeit des Verbotes der usurae supra duplum abgeleitet werden kann; im Gegentheil ging derselbe viel weiter, als wozu die Anwendung des Verbotes geführt hätte, indem er zu Gunsten der Gläubiger jede Berufung der Schuldner auf Verjährung wegen Kapitals und Zinsen auf den ganzen Zeitraum des dreißigjährigen Krieges ausschloß, also zum Vortheil der Gläubiger auch das Wenigere, die Anwendung des Verbotes der usurae ultra duplum untersagte. Diese Disposition des Reichsgesetzes spricht vielmehr dafür, daß man jenes Verbot allerdings für wirksam und anwendbar gehalten, dessen Anwendung aber zum Vortheil und im Interesse der Gläubiger in diesem concreten Falle ausgeschlossen habe. Wenn ferner Glück in dem §. 174. Nr. 3. des jüngsten Reichsabschiedes, wonach wegen dessen, was an Kapital und Zinsen bereits bezahlt ist, keine Zurückforderung oder Abkürzung stattfinden soll, die deutliche Verordnung finden will, daß, da von über 30 Jahre stehenden Kapitalien die Rede sei, Zinsen, welche zu 5 Procent schon in 20 Jahren das Doppelte des Kapitals ausmachten, auch über den Betrag des Kapitals hinaus sollten laufen können, und wenn er dafür hält, daß die Anwendung des Verbotes der usurae ultra alterum tantum, wenn man solches in Teutschland für giltig angenommen hätte, zur Erleichterung des Zustandes der Schuldner, worauf es bei dieser neuen Reichsgesetzgebung hauptsächlich abgesehen gewesen, weit dienlicher gewesen sein würde: so ist dagegen zu bemerken, daß wir es hier wieder mit einer Vorschrift zu thun haben, die weniger im Interesse der Schuldner, als vielmehr zu Gunsten der Gläubiger gegeben ist, indem sie zu deren Vortheil die Berufung auf das Verbot der usurae ultra duplum in Bezug auf nach und nach bezahlte Zinsen ausschließt. War nun aber den durch den Krieg zurückgekommenen oder durch hohe Anschwellung der Zinsen beschwerten Schuldnern jede Berufung auf Verjährung, welche während der Dauer des dreißigjährigen Krieges abgelaufen sein könnte, untersagt, und um so viel mehr die Berufung auf das Verbot der usurae alterum tantum, als das minus, ausgeschlossen, so konnte doch unmöglich den Schuldnern, welche ungeachtet des Krieges zahlungsfähig geblieben waren, ihren Gläubigern gegenüber mehr Rechte eingeräumt werden, als den durch den Krieg zurückgekommenen Schuldnern; konnten diese die Verjährung und das Verbot der usurae ultra duplum nicht für sich anziehen, so konnten es jene noch viel weniger. Die Voraussetzungen, unter welchen das Reichsgesetz die Verhältnisse der Gläubiger und Schuldner in

246) So z. B. das Kurfürstenthum Sachsen. Vgl. Gottschalk, Analecta iuris Saxonici cap. X.

Digitized by Google

der in den §§. 172—175 ersichtlichen Weise ordnete, waren nach dem Eingange des §. 171, daß die Schuldner durch den Krieg verarmt oder durch hohe Aufschwellung der Pensionen und Zinsen beschwert waren. Diese Voraussetzungen trafen bei den zahlungsfähig gebliebenen Schuldnern, welche ihre Zinsen auch während des Krieges abgetragen hatten, nicht zu; sie waren gar nicht in der Lage, auf Verjährung, welche ja durch jede Zinsenzahlung unterbrochen wurde, sich berufen zu können; und wenn sie auch das Verbot der usurae ultra duplum hinsichtlich der bezahlten Zinsen, soweit sie das Kapital überstiegen, wenn jenes Verbot auf die nach und nach bezahlten Zinsen zu beziehen wäre, hätten für sich anziehen können, so lag in der Vorschrift des §. 171, daß sie ihre Gläubiger nach Inhalt der Obligationen befriedigen sollen, eine Mißbilligung jenes Verbotes in Bezug auf nach und nach bezahlte Zinsen, wie sie für die verarmten oder durch hohe Anschwellung der Zinsen beschwerten Schuldner im §. 174. Nr. 3. des Gesetzes ausgesprochen ist. Nach dieser Ausführung können die in den §. 170—175 enthaltenen Vorschriften des jüngsten Reichsabschiedes dafür, daß das Verbot der usurae ultra duplum, mag man es auf rückständig gebliebene Zinsen beschränken oder auch von bereits bezahlten Zinsen verstehen, nicht recipirt sei, überall nicht angezogen werden. Auch hat sich die neuere Doctrin für das Fortbestehen des Verbotes der Zinsen ultra alterum tantum in Bezug auf rückständig verbliebene Zinsen ausgesprochen [247]). Auch die Praxis in den Ländern, wo das gemeine Civilrecht gilt, stimmt damit überein [248]). Von dem Verbote der Zinsen ultra duplum werden manche Ausnahmen angenommen, welche aber unbegründet sind [249]). 1) Städte sollen die Zinsen ultra alterum tantum fordern können. Diese angebliche Ausnahme beruht auf der Novelle 160; sie fällt schon deshalb weg, weil diese Novelle nicht glossirt ist. 2) Zinsen, welche erst nach dem rechtskräftigen Urtheile über das alterum tantum angeschwollen sind, sollen auch über dasselbe hinaus gefordert werden können. Dieser Ausnahme steht aber die L. 3. pr. C. VII. 54. entgegen, nach welcher die Zinsen nur bis zum rechtskräftigen Urtheil laufen, nach demselben aber innerhalb der dem Verurtheilten zur Befolgung des Urtheils gesetzten vier Monaten still stehen; nach deren Ablauf fangen aber nicht die alten Zinsen wieder an zu laufen, weil der erste Contract durch die res iudi-

247) Vgl. die von Sell a. a. O. S. 90, N. 1 Angeführten; ferner Sintenis, gem. Civilr. §. 87, N. 48. Mittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechtes §. 275. Beseler, Syst. des teutschen Privatr. Bd. 2, S. 350. Phillips, teutsches Privatr. §. 80. Walter, teutsches Privatr. §. 269. Unterholzner, Schuldverhältnisse §. 155.

248) Speciell kann dieses der Verfasser dieses Artikels von den thüringer Staaten aus eigener Erfahrung bezeugen.

249) Gegen diese Ausnahmen erklären sich Glück a. a. O. Bd. 21, S. 113—115. Sell a. a. O. S. 91 und die von ihm Angeführten. Fritz, Erläut. zu Wening Heft 3, S. 61, 62. Sintenis a. a. O. §. 87, N. 48. Unterholzner, Schuldverhältnisse §. 155.

Digitized by Google

cata novirt ist; es können also die Zinsen aus demselben auch nicht ultra alterum tantum laufen, sondern es beginnt ein neuer Zinsenlauf ex causa rei iudicatae, und diese usurae rei iudicatae sind nach römischem Rechte die usurae centesimae, heutzutage aber, wie alle Verzugszinsen, 5 Procent. 3) Wenn die Zinsen nach geschehener Zahlung und Rückzahlung die Natur eines Kapitals angenommen haben, sollen sie ebenfalls ultra alterum tantum gefordert werden können. Dies kann aber gar nicht als eine Ausnahme von dem Verbote der usurae supra duplum angesehen werden, weil die Zinsen, wenn sie die Natur des Kapitals angenommen haben, nicht mehr als Zinsen betrachtet werden können. 4) Wenn der Gläubiger die Zinsen als ein Interesse fordert, und im Falle des Verzuges des Schuldners beweisen kann, daß sein Interesse sich höher, als das Doppelte belaufe, soll er nicht an das Verbot der usurae ultra alterum tantum gebunden sein. Wir haben uns gegen diese Ausnahme schon an einem anderen Orte dieses Werkes erklärt [250]).

3) Eine dritte Zinsenbeschränkung ist das Verbot, Zinsen von Zinsen (usurae usurarum) zu nehmen. Man nennt diese Zinsenvervielfältigung anatocismus, und pflegt ihn in den verbundenen (anatocismus coniunctus) und den besonderen (anatocismus separatus) einzutheilen, je nachdem die Zinsen entweder zu dem Kapital hinzugerechnet oder als ein neues besonderes Kapital dem Schuldner gelassen werden. Zu den Zeiten des römischen Freistaates bestand bis zum 8. Jahrhundert kein directes Verbot gegen den Anatocismus. Allerdings wurde durch das Verbot des Zinsennehmens überhaupt in der lex Genucia auch indirect das Nehmen der Zinsen von Zinsen verboten. Sowie aber das Zinsenverbot unwirksam blieb und selbst die angesehensten Römer sich nicht scheuten, sehr hohe Zinsen für Darlehne zu nehmen, so mag auch das Beziehen der Zinsen von Zinsen häufig genug vorgekommen sein. Das erste Verbot des Anatocismus finden wir in den Provinzen. Lucullus [251]) verordnete in seinem nach Besiegung des Mithridates zur Erleichterung des Druckes, unter welchem die Städte Asiens durch den Wucher der publicani und foeneratores litten, erlassenen Edict unter anderen, daß derjenige, welcher Zinsen zum Kapital geschlagen habe, die ganze Forderung verlieren solle. Allein durch die Klagen der Gläubiger in Rom scheint dieses Edict unwirksam geworden zu sein. Cicero [252]) dagegen als Proconsul von Cilicien gestattete in seinem Edict, welches er edictum tralatitium nennt, 12 Procent Zinsen mit dem Rechte, alljährlich die Zinsen zum Kapital zu schlagen, und sprach darnach dem M. Sceptius, welcher als Unterhändler des M. Brutus von den Salaminiern eine bedeutende Darlehnssumme mit 48 Procent Zinsen,

250) Vgl. den Artikel Schade, Schadenersatz Bd. IX, S. 612 flg.
251) Vgl. Plutarch. Lucull. cap. 20.
252) Vgl. Cic. ad Att. V. 21. VI. 1.

Digitized by Google

und wahrſcheinlich auch mit Zinſen von Zinſen forderte, Recht[253]). Er erwähnt[254]) eines kurz vorher erlaſſenen Senatusconſultes: in creditorum causa ut centesimae perpetuo foenore[255]) ducerentur. Dieſes Senatusconſult ſcheint indeſſen nur für Rom oder höchſtens für Italien gegolten zu haben; ſonſt hätte ja Cicero für ſeine Provinz nicht durch ſein Edict den anatocismus universarius zulaſſen können. Zur Zeit der claſſiſchen Juriſten war indeſſen der Anatocismus civilrechtlich nicht geſtattet, obſchon mit keiner Strafe bedroht. Modeſtinus[256]) ſpricht davon, daß er durch kaiſerliche Conſtitutionen unterſagt worden ſei, und Ulpian[257]) ſagt, usurae ultra duplum und usurae usurarum könnten weder ſtipulirt, noch gefordert, und wenn ſie bezahlt wären, könnten ſie zurückgefordert werden. Erſt Diocletian und Maximian bedrohten den Anatocismus mit der Infamie[258]). Doch war vor Juſtinian der Anatocismus nicht in ſeinem ganzen Umfange verboten. Wenigſtens ergiebt die neue Verordnung dieſes Kaiſers, daß man es nicht für unerlaubt gehalten habe, die gefälligen Zinſen mit Zuſtimmung des Schuldners in ein Kapital zu verwandeln und ſich davon neue Zinſen zahlen zu laſſen. Man durfte nur die Zinſen nicht zum Kapital hinzurechnen[259]). Juſtinian verbot aber den Anatocismus in allen ſeinen Arten in einer Conſtitution vom J. 529[260]). Dieſes Verbot wiederholte er in einer Verordnung vom J. 531[261]). In den teutſchen

253) Cic. ad Att. V. 21.: „Interim cum ego in edicto tralatitio, centesimus me observatorum haberem, cum anatocismo anniversario; ille ex syngrapha postulabat quoternas. Quid ais? inquam. Possumne contra meum edictum?“

254) Cic. l. c.

255) D. h. ohne Anatocismus. Deutlicher erhellt dieſes aus Cic. ad Att. VI. 1. durch den Gegenſatz: „nec perpetuis, sed renovatis quotannis.“

256) L. 27. D. 42. 1.: „Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones; ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam Praesidis appellavit.“

257) L. 26. §. 1. D. 12. 6.

258) L. 20. C. ex quib. caus. infam. irrogat. II. 11. (12.)

259) Dafür haben wir auch das Zeugniß des Codercommentators Thaleläus im Sch. *Θαλελαίου* Basil. Heimb. T. II. p. 734.

260) L. 28. C. IV. 32.: „Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. Si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum, et totius summae usuras stipulari: quae differentia erat debitoribus, a quibus revera usurarum usurae exigebantur? Hoc certa erat non rebus, sed verbis tantummodo legem ponere. Quapropter hac apertissima lege definimus, nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis vel futuri in sortem redigere, et earum usuras iterum stipulari. Sed et si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire: sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere.“

261) L. 3. C. VII. 54.: „Sancimus, si quis condemnatus fuerit post datas a nobis quadrimestres inducias, centesimas quidem usuras secundum naturam iudicati eum compelli solvere, sed tantummodo sortis, et non usurarum, quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt. Cum enim iam constituimus, usurarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, ex quo huiusmodi machinatio possit induci.“

Digitized by Google

Reichsgesetzen werden zwar alle Arten wucherlicher Contracte verboten; allein unter den mancherlei Arten wucherlicher Contracte, welche die Reichspolizeiordnungen anführen[262]), geschieht des Anatocismus keine ausdrückliche Erwähnung. Dennoch wird in Doctrin und Praxis anerkannt, daß wegen der Bestimmungen des römischen Rechtes das Verbot desselben gemeinrechtlich ist[263]). Ob eine Novation der gesammten Schuld, sei es mit oder ohne Eintritt eines neuen Gläubigers oder neuen Schuldners, die Zinsen verzinslich machen könne, ist bestritten[264]). Manche[265]) halten sie für zulässig, da die bisherige Schuld und also auch für die Zinsen die Zinseneigenschaft dann erlischt, und man beruft sich deshalb auf mehrere Stellen, welche Verzinsung der Zinsen lehren, in welcher zwar nicht eine eigentliche Novation vorgeht, aber doch eine andere Person, der Verwalter fremder Gelder die erhobene Hauptschuld mit Zinsen schuldig wird oder schuldig war und letztere mithin hätte vereinnahmen und wieder zinsbar anlegen sollen[266]), oder wenn Jemand für einen Anderen Kapital und Zinsen gezahlt hat und die Erstattung beider verlangt[267]). Andere[268]) halten dagegen eine privative Novation sowohl durch die allgemeine Fassung der L. 28. C. IV. 32., als durch deren Sinn für ausgeschlossen. Die Fassung der angeführten Verordnung ist allerdings so bestimmt und entschieden, daß die entgegengesetzte Ansicht einen Angriff auf den klaren Sinn enthält und als Limitation besonders begründet werden muß. Eine solche besondere Begründung findet sie aber in keiner der angeführten Stellen. Denn hier ist es in der That nicht dieselbe Schuld, in welche ein neuer Gläubiger oder Schuldner eintritt, sondern es ist eine Schuld von gleichem Betrage, wie Kapital und Zinsen; auch ist in allen diesen Stellen voraus-

---

262) Vgl. darüber den Artikel Wucher Bd. XV, S. 60 flg.

263) Vgl. die von Glück a. a. O. Bd. 21, S. 119, N. 52, 53 Angeführten; ferner Unterholzner, Schuldverhältnisse §. 155. Sintenis a. a. O. §. 87 und die neueren Lehrbücher des Pandektenrechtes.

264) S. Glück a. a. O. S. 119 flg. und die dort Genannten.

265) Glück a. a. O. S. 119—123. Puchta, Pandekten §. 229.

266) S. L. 7. §. 17. L. 58. §. 1. 4. D. 26. 7. L. 10. §. 3. D. 17. 1.

267) L. 12. §. 9. D. 17. 1. L. 37. D. 22. 1. Der jüngere hypothekarische Gläubiger, welcher, um seine Forderung zu sichern, einen ihm vorgehenden Gläubiger abfindet, kann nur das, was er an Kapital und Zinsen bezahlt hat, wieder fordern, nicht aber Zinsen von Zinsen. L. 12. §. 6. D. 20. 4. L. 22. C. de pignor. VIII. 13. (14.) Denn er zahlte hier nicht aus Gefälligkeit gegen den Schuldner, sondern zu seinem eigenen Vortheile; „non enim negotium alterius gessit, sed magis suum" sagt Papinian in lib. III. Responsorum. Diesem eintretenden Gläubiger werde, sagt Glück a. a. O. S. 123, die Forderung der Zinsen von Zinsen deshalb untersagt, weil derselbe nichts anderes als ein Cessionar sei. Daß die Cession an der Forderung nichts ändere, wird allgemein anerkannt; s. Glück S. 122. Auch paßt der von ihm angegebene Grund allerdings auf den eintretenden Gläubiger.

268) Unterholzner, Schuldverhältnisse §. 155. Fritz, Erläut. zu Wening Heft 3, S. 64. Sintenis a. a. O. §. 87, N. 49. Letzterer hat die gegentheilige Ansicht gründlich widerlegt.

Digitized by Google

gesetzt, daß die Zinsen wirklich gezahlt, oder zur Strafe als gezahlt anzusehen seien. Diese Fälle sind also auch nicht einmal als Ausnahme von der Regel zu betrachten, sondern stehen mit ihr in vollem Einklang. Demnächst scheint aber auch die Novation von Seiten des Gläubigers in den Worten der L. 28. C. cit.: „et totius summae usuras stipulari" ausdrücklich verboten, da dieses doch offenbar nur durch Novation möglich ist, oder wenigstens diese das passendste und nächstliegende Mittel dazu ist. Der neu eintretende Schuldner aber wird ebenso gewöhnlich ein wahrer Intercedent sein, also, mit anderen Worten, dieselbe Schuld übernehmen. Die Praxis, welche oft milder ist und die Novation zuläßt, wenn sie nicht zur Umgehung des Gesetzes geschieht, läßt sich also theoretisch nicht rechtfertigen; oft geschieht zwar dem Schuldner, welcher sich nur augenblicklich nicht helfen kann, unter Umständen damit ein Gefalle, wenn der Gläubiger zur Sicherung seines Vortheils nicht zur Ausklagung der Zinsen gegen ihn genöthigt ist, sondern im beiderseitigen Interesse ein solches Abkommen getroffen werden kann. Dennoch aber kann man jener Praxis umsoweniger ein entscheidendes Gewicht beilegen, als sie als eine allgemeine nicht nachweisbar ist, sondern Widerspruch erfahren hat[269]). Von Puchta[270]) wird behauptet, daß jetzt Zinsen von den durch rechtskräftiges Erkenntniß neben der Hauptschuld zugesprochenen Zinsen gefordert und zuerkannt werden könnten, weil das desfallsige Verbot nur durch den hohen römischen Zinsfuß (usurae centesimae) bedingt sei und Sinn habe, dieser aber jetzt weggefallen sei. Allein das Gegentheil ist in L. 3. pr. C. VII. 54. schon durch die Worte: non autem usurarum quantascunque usuras berücksichtigt, und auch abgesehen davon ist der angegebene Grund nicht zutreffend[271]). Der etwaigen Analogie von der Novation steht das darüber vorher Bemerkte entgegen. Als Anatocismus wird nicht angesehen, wenn Zinsen wirklich gezahlt sind und das Gezahlte an den Schuldner wieder ausgeliehen wird; denn die Zinsen verlieren diese ihre Eigenschaft mit der Zahlung. Nur darf dabei nicht zur Hintergehung des Gesetzes gehandelt worden sein[272]). Die Frage, ob höhere Verzugszinsen von Zeit des Verzuges an gefordert werden können, wenn niedrigere vertragsmäßige Zinsen verabredet sind, ist zu bejahen[273]). — Da das Verbot des Anatocismus auf der Nothwendigkeit beruht, da sich die Zinskapitale bei der zunehmenden Schwierigkeit, die Zinsen zu bezahlen, in das Unendliche vermehren würden; so kann es nicht darauf ankommen, ob die Zinsen mit Zustimmung des Schuldners oder von

269) Vgl. die von Glück Bd. 21, S. 120, N. 55 Angeführten.
270) Pandekten §. 228, N. 1.
271) Sintenis a. a. O. §. 87, N. 49. S. auch Unterholzner a. a. O. §. 158, N. m.
272) Glück a. a. O. S. 123.
273) Vgl. darüber Struben, rechtl. Bedenken Bd. 2, Nr. 363. Kind, Quaest. for. T. IV. cap. 55.

Digitized by Google

dem Gläubiger eigenmächtig zum Kapital geschlagen wurden. Es ist auch von diesem Verbote ebenso wenig in Ansehung der Kaufleute und Juden, als hinsichtlich des Fiscus und der Städte eine gegründete Ausnahme zu machen[274]). Manche[275]) behaupten auch, daß der Gläubiger, wenn er dem Schuldner einen großen Theil der Zinsen erlasse, den Ueberrest der Zinsen zum Kapital schlagen könne, ohne sich eines Anatocismus schuldig zu machen; es wird dies aber auch wieder von Anderen bestritten. Da der Anatocismus unter allen Umständen verboten ist, so kann der Erlaß eines Theiles der Zinsen auch davon keine Ausnahme begründen. Darf gleich der Schenkgeber einer Schenkung (der Gläubiger hier dem Erlaß) einen modus beifügen, so darf doch dieser modus nichts gesetzlich Unerlaubtes enthalten. Endlich ist die Meinung Derjenigen[276]) nicht zu billigen, welche in Betracht, daß die Meinungen der Rechtsgelehrten in dieser Lehre so verschieden wären, und Einige[277]) die Zinsenvervielfältigung nur insofern für unerlaubt hielten, als sie auf wucherliche, den gemeinen Gebrauch einer dargeliehenen Summe weit übersteigende Zinsen berechnet sei, die Anwendbarkeit des gesetzlichen Verbotes nur durch die Beschaffenheit des Creditverhältnisses bestimmen lassen wollen, und daher bei Beantwortung der Frage, wie weit das Nehmen der Zinsen von Zinsen für erlaubt zu halten sei, das Meiste dem richterlichen Ermessen überlassen.

Civilrechtliche Folgen der Ueberschreitung der Zinsenbeschränkungen. Die Ueberschreitung der vorher gedachten drei Zinsverbote und Beschränkungen ist, soweit sie die auf Privatwillkür beruhenden Zinsen betrifft, Zinswucher; rücksichtlich zuerkannter höherer gesetzlicher Zinsen würde eine Widerrechtlichkeit begangen sein. In Ansehung angenommener gezahlter Zinsen sind die Folgen dieselben. Der Zinswucher, jedoch nur innerhalb bestimmter Grenzen, namentlich die Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsfußes (nicht aber der Anatocismus) ist zugleich nach gemeinem teutschen Criminalrechte ein Criminalverbrechen und als solches in einem früheren Artikel dieses Werkes bereits erörtert worden[278]). Ueber die civilrechtlichen Folgen des Zinswuchers gilt Folgendes. Bei der Mannichfaltigkeit der Geschäfte im Geldverkehr und deren Ausbildung im Interesse des Gläubigers wäre eine Umgehung der Zinsenverbote leicht möglich, namentlich des ersten und dritten, und doch könnte man bei Umgehung dieser Zinsenverbote mit ihrem wörtlichen Sinne in Uebereinstimmung bleiben. Daher ist auch

---

274) Glück a. a. O. S. 124 flg.

275) S. die von Glück a. a. O. S. 125, N. 74 Angeführten. Dagegen erklären sich andere ebd. in Note 75 Citirte.

276) Z. B. von Glück a. a. O. S. 125, 126, welcher sich auf die S. 126, N. 78 angeführten Schriftsteller beruft.

277) Wie Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechtes Bd. 2, S. 115 flg.

278) Vgl. den Artikel Wucher Bd. XV, S. 58, 59.

jedes Zuwiderhandeln gegen den Geist und Sinn derselben (in fraudem legis) ebenso verboten; so namentlich: Bestimmung einer das gesetzliche höchste Zinsenmaaß übersteigenden Geldstrafe statt der Zinsen[279]), oder einer mit Zurechnung der ausgemachten Zinsen das Maximum übersteigenden Geldstrafe für den Fall, daß jene nicht pünktlich bezahlt werden sollten[280]), oder der Vertrag, daß, wenn eine unverzinsliche Schuld nicht zu rechter Zeit gezahlt werde, eine größere, dasselbe Maaß übersteigende gezahlt werden solle[281]). Dahin würde auch Zahlung der höchsten Zinsen in einer besseren Münzsorte, als der der Hauptschuld, gehören. Ferner sind Leistungen anderer Art anstatt der Verzinsung, deren Betrag das höchste erlaubte Zinsenmaaß übersteigt, oder dergleichen außer und neben versprochenen geringeren Zinsen ebenfalls durch die Zinsenverbote beschränkt; nur läßt sich eine solche Ueberschreitung nicht mit jedem größeren Gewinne annehmen, welchen der Gläubiger zieht oder ziehen kann und welchen auf der anderen Seite der Schuldner aufgiebt, sondern, wenn nicht die Absicht des Zinswuchers erweislich ist, nur dann, wenn dieser Erfolg durch die Umstände offenbar bestätigt wird und namentlich, wenn der Gewinn auf directe Weise eine höhere Summe gewährt; es kann aber auch ein Vertrag dieser Art je nach den Umständen einen ganz anderen Charakter, als den eines bloßen Zinsenvertrages, annehmen. Die Gelegenheit, unerlaubten Gewinn auf solche Weise zu ziehen, ist so mannichfaltig, daß sich das Einzelne in umfassenderen Andeutungen nicht darlegen und die Grenze des Erlaubten ebenso wenig auf bestimmtere Weise ziehen läßt, als dies oben angegeben ist. Mehrere Stellen[282]) bestätigen und erläutern dieses an den darin enthaltenen Beispielen. So, wenn nach der ersten (L. 14. C. IV. 32.), anstatt Zinsen zu zahlen, die Bewohnung eines Hauses verstattet worden ist, ist dieses, wenn der Gläubiger das Haus wirklich bewohnt, bis zum Beweise des beabsichtigten Wuchers, nur als eine wohlfeile Miethe anzusehen; wenn der Gläubiger das Haus aber vermiethet und dadurch einen das höchste erlaubte Zinsenmaaß übersteigenden Gewinn zieht, so ist der Begriff des Wuchers eingetreten. Im ersteren Falle, und wenn nur das Bewohnen beabsichtigt worden ist, wäre nur eine Art unbenannten Vertrages vorhanden. Auch können sich die Umstände so gestalten, daß der Gläubiger, um überhaupt einen, also auch einen größeren Gewinn zu ziehen, erst eine gewisse Thätigkeit entwickeln muß, wie z. B. in dem in der zweiten Stelle (L. 17. C. IV. 32.) erwähnten Falle der Verpfändung einer Besitzung an den Gläubiger mit der Verabredung, daß derselbe die Nutzungen anstatt der Zinsen ziehen solle: hier kann freilich nur der reine Gewinn in Anschlag gebracht werden; ist dieser aber nicht von einer so absoluten Art, daß ihn Jeder

279) L. 44. D. 22. 1.
280) L. 16. C. IV. 32.
281) L. 13. §. 26. D. 19. 1. · L. 15. C. IV. 32.
282) L. 14. 17. C. IV. 32.

Digitized by Google

hätte ziehen können, sondern nur der Gläubiger, so läßt sich in der verstatteten Gelegenheit, einen solchen zu machen, kein Wucher annehmen. Es ist ebenfalls als den Zinsenbeschränkungen zuwiderlaufend verboten, von einer darzuleihenden Summe unter irgend einem Titel, als z. B. Provision, Zählgeld u. dergl., Abzüge zu machen, und dann die Summe in ihrem vollen Betrage verzinsen zu lassen[283]). Dagegen ist der Vorabzug der erlaubten Zinsen von dem dargeliehenen Kapital, so daß dieses dessenungeachtet den vollen Nominalbetrag behält, sowie die Vorausbezahlung der Zinsen auf eine andere Weise im allgemeinen nicht als unerlaubt anzusehen. Es wird in mehreren Stellen ausdrücklich die Vorausbezahlung als zulässig anerkannt, mit der Wirkung, daß die Rückzahlung des Kapitals vor der Zeit, auf welche die Zinsen vorausbezahlt worden sind, nicht verlangt werden kann[284]). Dagegen herrschen über die Gestaltung der Fälle im Einzelnen, sowie über den Vorabzug der Zinsen vom gegebenen Kapital verschiedene Ansichten. Manche halten den Abzug der Zinsen vom Kapital nach L. 26. §. 1. C. IV. 32. für direct verboten und wollen also nur das wirklich Empfangene verzinst wissen, so daß die später gezahlten größeren Zinsen vom Nominalbetrage des Kapitals zum Theil immer Abzahlungen auf dieses enthielten[285]). Diese Meinung stützt sich darauf, daß die in der gedachten Constitution gedachten siliquae und sportulae mit usurae gleichbedeutend seien; es sind darunter aber vielmehr Abzüge anderer Art zu verstehen, welche die Föneratoren zu machen pflegten und hier untersagt werden, abgesehen davon, daß es doch ganz sonderbar wäre, wenn Justinian, der in der ganzen Constitution, welche ganz ausdrücklich von Zinsen handelt, immer von usurae spricht, statt dieses Ausdruckes sich auf einmal der Ausdrücke siliquae und sportulae bedient haben sollte. Das Verbot des Abzuges könnte nur auf einem Schlusse beruhen, oder auf Analogieen von den wirklich begründeten gesetzlichen Verboten und Anordnungen wider Versuche zur Umgehung derselben. Ein solcher Schluß wird auch nicht durch die L. 26. §. 1. C. cit. gerechtfertigt; denn auch die Worte derselben: „Nam si quid huiusmodi factum fuerit, principale

---

283) L. 26. §. 1. C. IV. 32.: „Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem: sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur, interdicta licentia creditoribus, ex pecuniis foenori dandis aliquid detrahere vel retinere siliquarum nomine, vel sportularum, vel alterius cuiuscunque causae gratia." Es ist hier nicht vom Vorabzuge der Zinsen, sondern von einem ganz anderen Abzuge die Rede, welchen sich die römischen Föneratoren unter dem Namen von siliquae oder sportulae (siliqua ist nach Isid. Orig. lib. XVI. cap. 24. eigentlich $^1/_{24}$ eines solidus; sportulae sind munera oder munuscula, Geschenke, welche sich die Föneratoren für die Verschaffung des Geldes geben ließen; s. Noodt, de foen. et usur. lib. II. cap. 14.), d. i. einer Provision oder eines Zählgeldes, gestatteten.

284) L. 57. pr. D. 2. 14. L. 2. §. 6. D. 44. 4. L. 122. pr. D. 45. 1.

285) Z. B. Röder, civil. Abhandl. S. 84 flg., 88 flg. Vangerow, Leitfaden §. 77, Anm. 2. Puchta, Pandekten §. 229.

Digitized by Google

debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tam ipsa minuenda pars, quam usurae eius exigi prohibeantur" gehen auf die vorhergedachten Abzüge, welche die Föneratoren unter dem Namen der siliquae oder sportulae zu machen pflegten. Dagegen ist von selbst klar, daß die unbedingte Gestattung eines solchen Vorabzuges der Zinsen ebensowohl, wie die Vorauszahlung der Zinsen dem Wucher sehr förderlich sein würde und dieses mit dem Geiste und Princip der Zinsverbote, ungeachtet des Schweigens der Gesetze, nicht verträglich ist. Nur ist die Frage, wo hier die Grenze des Erlaubten aufhöre. Denn auf der anderen Seite kann ebenso wenig verkannt werden, daß Verabredungen solcher Art auch lediglich im Interesse des Schuldners möglich sind, indem er dadurch nicht nur die Sicherheit gewinnt, daß er das Kapital eine bestimmte Zeit ungekündigt behalten und frei über seine Mittel verfügen kann, sondern namentlich auch die Sorge für künftige richtige Zinsenzahlung und die oft kostspielige Uebersendung an einen vielleicht entfernt wohnenden Gläubiger dadurch beseitigt werden kann. Wenn man ferner darüber so ängstlich wachen will, daß der Schuldner ganz genau nicht mehr als fünf vom Hundert jährlich zahlen solle, so ist doch auf der anderen Seite zu bedenken, daß dies nicht in der Weise angeordnet ist, daß der Gläubiger die ganzen Zinsen erst nach Ablauf des Jahres bekommen solle, sondern es können z. B. die 5 Procent ganz unbedenklich auf Monate vertheilt werden, und größere Kapitalien werden ja ohnehin gewöhnlich in vierteljährigen oder halbjährigen Terminen verzinst. Auf diese Art kann also der Gläubiger erlaubter Weise früher zu dem Besitze des Geldes gelangen, und es läßt sich mit Recht sagen, daß der Gläubiger durch Jahreszahlungen postnumerando allemal benachtheiligt werde, da doch der Verfall der jährlichen Zinsen eigentlich auf das ganze Jahr zu vertheilen ist, er mithin mit Ausnahme des letzten Tages für alle übrigen zu spät bezahlt wird. Der Schuldner muß ja das Geld doch schaffen; es handelt sich mithin bei Abzügen und Vorausbezahlungen für ihn immer nur darum, daß er das Geld theilweise so lange Zeit über nicht, sondern statt dessen der vorausbezahlte Gläubiger nutzen kann, als jener es bei der Postnumeration in Händen behalten hätte. Das Dasein der in der Note 284 angeführten Gesetzstellen auf der einen, und das der Zinsverbote auf der anderen Seite, hat seit langer Zeit sehr verschiedene Ansichten befördert[286]), von denen die offenbar unrichtigen und unhaltbaren jetzt wohl so ziemlich aufgegeben sind. Von den Neueren halten Manche den Abzug für ver-

286) Vgl. darüber Glück a. a. O. Fritz a. a. O. und die dort Angeführten. Kind, Quaest. for. T. IV. cap. 51. und die dort Genannten. Einige halten den Vorabzug der Zinsen für einen versteckten Zinswucher und daher auch die Verabredung über Vorausbezahlung der Zinsen, als unter dem Verbote des Zinswuchers begriffen, für ungiltig. Manche nehmen davon wenigstens die milden Stiftungen aus, welche die Zinsen giltiger Weise im voraus annehmen könnten. Andere halten es ebenso unbedingt für zulässig.

Digitized by Google

boten, die Vorausbezahlung aber nicht für unstatthaft[287]). Andere gedenken des Abzuges gar nicht, der Vorausbezahlung mit dem Zusatze, daß kein Wucher darunter versteckt sein dürfe; sonst könne das zu viel Gezahlte später in Anrechnung gebracht werden[288]). Wangerow[289]) hält den Abzug für verboten, so daß sich das Kapital um das Abgezogene von selbst vermindere, und ebenso hält er die Vorausbezahlung für unzulässig, wenn das Zinsverbot überschritten werde. Eine solche Ueberschreitung nimmt er so lange nicht an, als die (nicht das Maximum erreichenden, z. B. 3 oder 4 Procent) vorausbezahlten Zinsen mit den davon bis zum wirklichen Zahlungstage zu ziehenden landesüblichen Zinsen das höchste erlaubte Zinsenmaaß nicht überschreiten; im entgegengesetzten Falle (also wenn die vertragsmäßigen Zinsen das höchste zulässige Zinsenmaaß erreichen, immer) müsse, soweit dieselben zusammengerechnet mit ihren Zinsen dasselbe übersteigen, Zinswucher angenommen und das zu viel Gezahlte auf das Kapital als gezahlt angerechnet werden. Z. B. wenn von 1000 Zinsen zu 5 Procent auf das Jahr vorausbezahlt werden, also 50, so sei es so gut, als wären $52^1/_2$ bezahlt, mithin der Betrag des Kapitals nur noch $997^1/_2$. Fritz[290]) hat dieselbe Ansicht über das Verbot der Vorausbezahlung, während er den Vorabzug der Zinsen nicht in L. 26. §. 1. C. IV. 32. begriffen, denselben aber ebenfalls durch das Zinsverbot für bedingt und beschränkt erachtet; nur rechnet er anders als Wangerow. Er will nämlich die vorausgezahlten Zinsen sogleich vom Kapital abziehen, und von da an für den Rest (dem Schuldner zu Gute kommende) Zinsen rechnen, aber nicht die bedungenen, sondern die höchsten, und diese zu dem Reste addiren; komme hierdurch das ursprüngliche Kapital oder mehr heraus, so sei kein Zinsverbot überschritten und dem Gläubiger das ursprüngliche Kapital zu zahlen; wo nicht, so sei das Gesetz um das, was weniger herauskomme, überschritten, und der Schuldner habe dann nur die geringere hiernach zu berechnende Summe zu zahlen. Er hat dazu folgende Beispiele aufgestellt: wenn von einem Kapital von 1000 zu 4 Procent die Zinsen mit 40 vorausgezahlt werden, so geben die übrigen 960 zu 5 Procent = 48; diese zu den 960 gerechnet, gebe 1008; mithin habe ein solcher Vertrag nichts gegen sich. Dasselbe Beispiel mit ursprünglich 5 Procent vorausbezahlten Zinsen gedacht, ergebe, daß nur $997^1/_2$ zurückgezahlt zu werden brauchen. Würden endlich z. B. von 1000 auf 10 Jahre zu 5 Procent die Zinsen mit 500 vorausbezahlt, so betragen von diesen die Zinsen 250, und diese würden zu dem wirklich empfangenen Reste von 500 hinzugerechnet, und also habe der Schuldner 750 zu zahlen. Es scheint, als wenn die auf diesem Wege sicheren arithmetischen Resultate im Vergleiche zum höchsten erlaubten

287) Z. B. Puchta, Pandekten §. 229.
288) Wie Wening-Ingenheim, Civilrecht Bd. 3, S. 21.
289) Leitfaden §. 77, Anm. 2.
290) A. a. O. S. 66 flg.

Digitized by Google

Zinsenmaaße dieſe Rechtslehrer veranlaßt hätten, die juriſtiſche Nothwendigkeit dazu ohne weiteres anzunehmen, und wenn dieſe feſtſtände, ſo käme man mit jenen allerdings über alle entſtehenden Fragen hinweg. Wenn man aber ſelbſt davon abſehen will, was vorher über die, von ihnen ohne weiteres vorausgeſetzte Zahlung der Jahreszinſen nach vollem Jahresablaufe bemerkt worden iſt, wodurch die Rechnung ſich ändern muß, iſt mit Sintenis[291]) Folgendes zu erinnern. Es iſt kein rechtlicher Grund zu finden, aus welchem mit Wangerow der Gläubiger ſich die Anrechnung der Zinſen von den Zinſen gefallen laſſen müßte. In den Digeſtenſtellen iſt keine Spur davon zu finden; die dritte (L. 122. pr. D. 45. 1.) betrachtet vielmehr das Angebot der Summe, wovon 3 monatliche Zinſen vorausbezahlt waren, nur dann als in der Ordnung, wenn die ganze Summe ohne Abzug angeboten werde. Allenfalls ließe ſich eine ſolche Verpflichtung des Gläubigers, ſich die Anrechnung von Zinſen von den vorausbezahlten Zinſen gefallen zu laſſen, dann erklären, wenn die vorausgezahlten Zinſen ohne weiteres ſofort von ſelbſt dem Empfänger Zinſen trügen; wie aber dann, wenn er ſie unbenutzt liegen läßt, oder z. B. kleinere Summen gar nicht zinsbar anlegen kann? Warum ſoll ferner im zweiten von Fritz aufgeſtellten Beiſpiel der Schuldner $2^1/_2$ gewinnen, während er doch möglicher Weiſe mit den empfangenen 950 mehr als $47^1/_2$ verdienen kann? Auf der anderen Seite ſind ihm ja aber auch dieſe nicht einmal ſicher! Es wäre alſo auf jeden Fall conſequenter und natürlicher, die im voraus von dem vorgeſtreckten Kapital abgezogenen Zinſen von dieſem ganz und gar zurückzurechnen und die verſprochenen Zinſen nur vom Reſte entrichten zu laſſen. Nicht ſo die auf andere Weiſe vorausgezahlten Zinſen, da der Zahlende das Kapital doch ſchon hat. Dagegen läßt ſich auf der anderen Seite nicht verkennen, daß Conſequenz hierin das bequemſte Mittel zur Umgehung der Zinſenverbote darbieten würde, und daß man damit ſogar zu Abſurditäten gelangen könnte. Es kann daher in Erwägung aller dieſer Gründe nur die Anſicht gebilligt werden, daß man bei Beurtheilung der Frage, ob Zinſen in ſolchen Fällen, alſo ſowohl bei dem Vorabzug, als bei der Vorausbezahlung der Zinſen, anzunehmen ſei, auf die Umſtände Rückſicht nehmen müſſe, namentlich auf die Zeit, auf welche hinaus Zinſen bezahlt werden, alſo die Summe im Vergleiche zu dem Kapital, und auf die etwa vorliegenden beſonderen Motive. Wenn man dieſes auf die vorigen Beiſpiele, wie ſie hingeſtellt ſind, anwendet, ſo iſt in keinem, außer dem letzten, eine unerlaubte Zinsmaaßregel zu finden, in dieſem aber die Zahlung auf das Kapital ſelbſt als geſchehen, beziehungsweiſe bei geſchehenem Abzuge dieſes nur zum Theil als empfangen, zu betrachten; denn für den letzteren Fall läge ſonſt hier eine offenbare Abſurdität der Handlung vor; für den erſteren aber gelangt man zu demſelben Reſultat, wie Fritz, d. h.

291) Gem. Civilrecht §. 87, N. 55. Deſſen Anſicht ſind wir gefolgt.

Digitized by Google

wenn der Schuldner nun das Restkapital der 500 noch 10 Jahre lang (zu 5 Procent) behält, so hat er im Ganzen am Ende auch nur 750 zu zahlen, wenn die Jahreszinsen nicht früher gefordert oder gezahlt werden. Sind nur 4 oder 3 Procent zu zahlen, so würde eine Vorauszahlung jeder einzelnen jährlichen Zinssumme niemals ein Bedenken haben, also auch nicht der Abzug der erstmaligen vom Kapital; bei 5 Procent, da die Digestenstellen doch wenigstens von Einem üblichen Zinstermine (L. 122. pr. D. 45. 1. spricht sogar von dreien) zu verstehen sind, und deren jetzt gebräuchliche Ausdehnung auf ein Jahr daran nichts ändern kann, auch wegen der Pränumeration und Postnumeration der Jahreszinsen das oben schon Bemerkte hier entscheidend wird. Die Vorauszahlung oder der Abzug mehrjähriger Zinsen auf Einmal ist aber immer bedenklich, sobald nicht der Zinsfuß so niedrig ist, daß die einjährige Zinssumme zu 5 Procent gerechnet nicht dadurch erreicht würde, wogegen Niemand etwas einwenden wird; nnd umsomehr, je größer das Kapital ist; es lassen sich aber auch Gründe denken, welche es als zulässig erscheinen lassen. Man nehme den Fall, daß Jemand, welcher nur von seinen Zinsen lebt und auf deren pünktliches Eingehen rechnen muß, einem Kaufmanne ein Kapital von 3000 zu 4 Procent auf 3 Jahre leiht oder schon früher vorgestreckt hat, womit dieser in ein weit entferntes Land gehen, dort ein Geschäft machen und dann zurückkehren will, ohne Jemanden zurücklassen zu können (oder nur mit anderweitem Aufwand, Umständen und Gefahr), der die Zinsen für ihn zahlt. Warum soll er nicht die Zinsen im voraus abziehen dürfen? Die ganze Differenz, welche er, wenn man sich für ihn das Ganze zinstragend denkt, oder daß der Gläubiger das Geld sogleich zu 5 Procent anlege, mehr zahlt, als wenn er postnumerando jede Jahresrente abtrüge, wäre etwa 25, und wenn praenumerando, nur etwa 13. So kleine Summen können aber unter solchen Umständen unmöglich als Zinswucher angesehen werden, ohne eine Rechtswohlthat zur Plage und zum Hinderniß ganz unverfänglicher Geschäfte zu machen. Allerdings wird bei dieser Abhängigkeit der Grenze von den Umständen nicht selten Meinungsverschiedenheit obwalten; dies ist aber bei dem Inhalte der Gesetze im Vergleiche zu der Gestaltung der Dinge unvermeidlich, wenn man nicht einen willkürlichen Maaßstab substituiren will. — Jede unmittelbare oder mittelbare Ueberschreitung der Zinsverbote und Beschränkungen ist eine nichtige Handlung; es ist mithin keine Forderung der das gesetzliche Maaß überschreitenden Zinsen möglich[292]), weder durch Klage noch durch Einrede. Die über das gesetzliche Maaß bezahlten Zinsen, es sei dies wissentlich oder irrthümlich geschehen, können, wenn das Kapital noch nicht bezahlt ist, auf dieses eingerechnet und von diesem abgezogen werden[293]). Ueber die Art und Weise dieser

292) L. 26. §. 1. D. 12. 6. L. 16. 20. 26. §. 1. C. IV. 32.

293) L. 26. §. 1. C. IV. 32.: „Si quis autem aliquid contra modum huius

Einrechnung giebt es verschiedene Ansichten[294]). Leyser[295]) giebt zwei Berechnungsarten an. Nach der ersten wird das, was übermäßig und gesetzwidrig an Zinsen gezahlt worden ist, in jedem Jahre von dem Kapital abgezogen und so das Kapital durch dieses Uebermaaß der Zinsen mit jedem Jahre vermindert. Nach dem zweiten bleibt das Kapital bis zu dessen Zurückzahlung unvermindert und es werden dann die bezahlten übermäßigen Zinsen in Einer Summe und anf Einmal von dem Kapital abgezogen. Die erste Berechnungsart ist für den Gläubiger weit beschwerlicher als die zweite. Denn bei der ersten kann durch die übermäßigen Zinsen das ganze Kapital zuletzt erschöpft werden, welches bei der zweiten nicht leicht der Fall sein wird. Leyser will die erste Berechnungsart dann stattfinden lassen, wenn der Gläubiger das Kapital klagend zurückfordert und ihm dann die Einrede der übermäßig bezahlten Zinsen entgegengesetzt wird; die zweite aber soll dann Platz greifen, wenn der Schuldner, nachdem schon das Kapital bezahlt ist, dasjenige, was er über das gesetzliche Zinsenmaaß bezahlt hat, klagend zurückfordert. Dagegen leugnen Andere[296]), daß durch die bezahlten übermäßigen Zinsen das Kapital ipso iure vermindert werde; sie gestatten daher dem Schuldner nur einen Abzug der bezahlten unrechtmäßigen Zinsen von dem Kapital, betrachten aber diese Zinsen als ein besonderes Kapital, welches der Gläubiger alle Jahre, so lange er dasselbe genossen hat, billig verzinsen müsse. Allein man kann nur die Meinung für richtig halten, nach welcher durch die bezahlten widerrechtlichen Zinsen das Kapital im Augenblicke der Zahlung ipso iure vermindert wird[297]). Dies bringt die Natur der Compensation mit sich, deren Wirkung eintritt, sobald Forderung und Gegenforderung einander gegenüberstehen. Sowie nun mithin das Kapital durch die bezahlten übermäßigen Zinsen in immer größeren Progressionen kleiner wird und endlich ganz verschwindet, so müssen sich auch nach diesem Verhältnisse alle Jahre die Zinsen vermindern, und diese Wirkung der Compensation muß sich der Gläubiger umsomehr gefallen lassen, als er sie durch Annahme der unerlaubten Zinsen selbst veranlaßt hat. Ist das Kapital bereits be-

---

fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem; sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur."

294) Vgl. darüber Glück a. a. O. Bd. 21, S. 127—129.

295) Medit. ad Pandect. T. IV. Spec. 245. med. 10.

296) Winckler, Progr. de condictione immodici foenoris. Lips. 1765. (in Opusc. minor. T. II. P. I. nr. 3. p. 72 sq.) Koch, Medit. ad Schaumburgii Comp. Dig. medit. 8. p. 53. Müller, Obs. pract. ad Leyserum T. III. Fasc. I. Obs. 440.

297) Sie wird vertheidigt von Bauer, Progr. de usuris sorti imputandis vel repetendis. Lips. 1760. (in Opusc. minor. T. I. nr. 26.) Meister, Diss. de eo, quod iustum est in usuris pecuniae mutuae annuisque reditibus indebite solutis, tum condicendis, tum de sorte detrahendis. Weber, Comm. de usuris indebite solutis, earumque tam repetitione, quam in sortem imputatione §. 23—26. in dessen Versuchen Nr. IV, S. 330 flg. Wening-Ingenheim, Civilrecht Bd. 1, §. 192. Glück a. a. O. S. 128 flg. u. A. m.

Digitized by Google

zahlt, so kann der Schuldner dasjenige, was der Gläubiger nach der letzteren Berechnungsart an Zinsen mehr erhalten hat, als ihm zu nehmen erlaubt war, mit einer Condiction zurückfordern[298]), welches aber mehr die condictio sine causa, als die condictio indebiti ist. Die Frage von dem Verhältnisse der beiden in der letzten Note angeführten Stellen zu einander führt zu der weiter reichenden über die Zurückforderung nicht schuldiger Zinsen überhaupt. Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden: 1) Der Fall gezahlter unrechtmäßiger Zinsen. Hier wurde nach Paulus[299]) ein Unterschied zwischen wissentlicher und unwissentlicher Zahlung gemacht; während im letzteren Falle die condictio indebiti allgemein zustand, wurde im ersteren Falle keine Rückforderung verstattet, sondern das Kapital verminderte sich in fortlaufender Progression und mußte endlich ganz verschwinden; war es aber wirklich consumirt, so konnten auch die wissentlich gezahlten zu hohen Zinsen zurückgefordert werden, wie in dem Falle, wenn Jemand gar kein Kapital schuldet, aber doch Zinsen davon bezahlt, in der Meinung, daß das Kapital unverzinslich sei, und insofern wissentlich nicht schuldige Zinsen bezahlt hat[300]). Dieses Verfahren war aber, wenn man streng sein wollte, nur dann anwendbar, wenn wirklich die Zinsen von dem Kapital gezahlt waren, nicht aber, wenn das Umgekehrte eintrat, oder beides zugleich bezahlt war, und dieses war auch offenbar die Meinung des angeführten Juristen. Eine mildere Meinung ließ aber doch auch in diesen Fällen eine Zurückforderung zu, wie namentlich Ulpian in den ersten der in Note 298 angezogenen Stellen, und diese letztere billigere Meinung wurde durch das oben daselbst angeführte Rescript des Kaisers Philippus gesetzlich gebilligt, indem dadurch bestimmt wurde, daß usurae indebitae auch dann, wenn sie nach bezahltem Kapital geleistet wurden, exclusa iuris varietate zurückgefordert werden könnten[301]). 2) Wenn Jemand das Kapital zwar schuldet, dasselbe aber unverzinslich ist, so hat er, wenn er wissentlich Zinsen bezahlt hat, selbstverständlich kein Rückforderungsrecht; dasselbe muß aber auch dann gesagt werden,

---

298) L. 26. pr. D. 12. 6. (Ulpian. lib. XXVI. ad Edictum): „Si quis usuras supra legitimum mudum solvit, D. Severus rescripsit (quo iure utimur), repeti quidem non posse, sed sorti imputandum; et si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae, quasi sors indebita, repetuntur. Quid? si simul solverit? Poterit dici, et tunc repetitionem locum habere." L. 18. C. IV. 32. (K. Philippus): „Indebitas usuras, etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa iuris varietate repeti posse, perpensa ratione firmatum est."

299) Paul. Sent. Lib. II. Tit. 14. §. 2.: „Usurae supra centesimam solutae sortem minuunt, consumta sorte repeti possunt" und im §. 4.: „Usurae quae centesimam excedunt, per errorem solutae repeti possunt."

300) L. 26. §. 2. D. 12. 6.

301) Manche haben dieses Rescript des Kaisers Philippus (L. 18. C. IV. 32.) auf den Fall bezogen, wenn Jemand ein unverzinsliches Kapital

Digitized by Google

wenn er im Irrthum gezahlt hat[302]). Es wird dies zwar von Weber[303]) geleugnet, indem er die in der Note 302 angeführte Stelle nur von wissentlicher Zahlung nicht schuldiger Zinsen verstehen will; es ist dies aber nicht richtig. Denn nicht nur, daß dagegen die Regel: lege non distinguente nec nostrum est distinguere, spricht, so würde auch, wollte man diese Auslegung annehmen, aus den Anfangsworten vermittelst eines nothwendigen argumentum a contrario folgen, daß ein wissentlich indebite gezahltes Kapital zurückgefordert werden könne, was Weber selbst nicht billigt. Ueberdies erscheint aber der Satz, daß usurae indebitae nicht zurückgefordert werden können, auch ganz consequent, da die Römer auch in anderen Fällen erkennbare Liebespflichten mit bürgerlicher Wirksamkeit versehen. Daß namentlich die Zinspflicht nach römischer Ansicht dahin gezählt wird, ergiebt sich aus der bekannten, unserem Falle ganz ähnlichen antichresis tacita[304]). 3) Sind Zinsen von einem nicht schuldigen Kapital bezahlt worden, so können dieselben unter allen Umständen zurückgefordert werden, selbst wenn er das Kapital für ein unverzinsliches hielt und insofern wissentlich usuras indebitas bezahlte[305]). 4) Sind endlich höhere Zinsen, als man schuldig ist, jedoch innerhalb des gesetzlichen Maaßes gezahlt, so können nur die gewöhnlichen Grundsätze von der condictio indebiti zur Anwendung kommen.

Heimbach sen.

Zinsen und Zehnten sind regelmäßig wiederkehrende Abgaben, welche von einer Person als solcher oder wegen des Besitzes und der

---

schuldet und davon aus Irrthum Zinsen zahlt; z. B. Glück, Erl. der Pand. Bd. 13, S. 98 flg. Thibaut, Pandektenrecht §. 632, N. r. Mühlenbruch, Pandektenr. §. 380, N. 6. Wening-Ingenheim, Civilr. §. 293, N. k. Es ist dieses aber nicht zu billigen. Denn abgesehen davon, daß dadurch eine Antinomie in das Corpus iuris civilis hineingetragen wird, welche wirklich gar nicht vorhanden ist, sollte ja auch den klaren Worten jenes Rescriptes nur eine vor demselben von manchen Juristen gemachte Unterscheidung, ob usurae indebitae vor oder nach bezahltem Kapital gezahlt seien, aufgehoben werden. Ein solcher Unterschied wurde aber nur in dem Falle gemacht, wenn die usurae deshalb indebitae sind, weil sie das gesetzliche Zinsenmaaß überschreiten. Vgl. Röder, civil. Abhandl. S. 112 flg. Wangerow, Leitfaden §. 76, Anm. 2.

302) L. 26. pr. D. 12. 6. (Ulpian. lib. XXVI. ad Edictum): „Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit." Hieran schließt sich der Satz: „Si quis usuras supra legitimum modum solvit etc., in Note 298 abgedruckt.

303) In der in Note 297 angeführten Abhandlung §. 12 flg. (in dessen Versuchen S. 316 flg.) S. dagegen Thibaut, Versuche Bd. 2, Abh. 5, Nr. 3. Wangerow a. a. O.

304) So sagt auch Seneca, Epistol. 81.: „Ingratus enim est, qui beneficium reddit sine usuris."

305) L. 26. §. 2. D. 12. 6.: „Si quis falso se sortem debere credens usuras solverit, potest condicere, nec videtur sciens indebitum solvisse." Die letzten Worte: nec videtur sciens indebitum solvisse, beziehen sich gerade auf den Fall, wenn der die Zinsen Zahlende das gar nicht existirende Kapital für ein unverzinsliches hielt.

Digitized by Google

Nutzung eines Grundstückes, an welchem die Verpflichtung zur Leistung haftet, entrichtet werden müssen.

Alle Abgaben beruhen auf Privat- oder auf öffentlichem Rechte; wie aber im allgemeinen Institute, welche früher den Charakter des Privatrechtes besaßen, später eine öffentliche Natur erhielten, und umgekehrt Verhältnisse des öffentlichen Rechtes in das Gebiet des Privatrechtes übergegangen sind, so geschah dies auch im besonderen bei verschiedenen Abgaben. Leistungen, welche wegen verliehenen Privatschutzes zu entrichten waren, wurden, nachdem die Vogtei in Landeshoheit übergegangen war, als Steuer an den Staat entrichtet, dagegen ist die öffentliche Abgabe des Königszinses öfter ein privatrechtlicher Grundzins geworden, wie der an die Kirche zu entrichtende Zehnte eine dem Laienbesitzer zu gewährende Leistung u. a. m. Die Folge dieser Umwandlungen ist, daß gewisse Ausdrücke, welche früher auch für öffentliche Abgaben gebraucht wurden, später nur in beschränkter Weise zur Anwendung kamen und im allgemeinen öffentliche Abgaben jetzt unter dem Namen Steuern, privatrechtliche unter der Bezeichnung Zinsen begriffen zu werden pflegen. Die Zehnten fallen übrigens theils unter die Abgaben der ersten, theils der zweiten Art und erscheinen überdies wegen ihrer Eigenthümlichkeit als Leistungen an die Kirche von beiden doch wieder in manchen Beziehungen so abweichend, daß es einer gesonderten Darstellung der Zinsen und Zehnten selbst bedarf.

A. Von Zinsen.

Der Ausdruck Zins (census) kommt in mannichfacher Bedeutung vor[1]), deren volles Verständniß von der Natur des besonderen Institutes abhängt, mit welchem der Zins in Verbindung steht. Die Wörter Bede (petitio), Schoß, Schatz, Gült u. a. werden in Urkunden der früheren Zeit nicht selten in gleichem Sinne gebraucht[2]), so daß man aus der in Anwendung gebrachten Bezeichnung allein keinen Schluß auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß wagen darf. Schon Adelung erinnert aber[3]), daß das Wort Zins für Abgaben, welche man dem Landesherrn entrichtet, wie Kopfgeld, Steuer, Schatzung, Schoß u. s. f. im Hochteutschen längst veraltet sei; insofern hat Roscher[4]) nicht Unrecht, wenn er äußert: die Namen Zins, Gülte u. s. w. lassen meist auf privatrechtlichen Charakter schließen, die Namen Schoß, Bede,

1) Iust. Henning. Böhmer, de vario censuum significatu et iure. Halae 1722 und in den Exercitationes ad Pandectas cura G. L. Böhmer Tom. II. p. 964 sq. verb. Du Fresne im Glossarium ad scriptores mediae et inf. latinit. unter dem Worte census u. a. m.

2) Beispiele mit reicher Literatur giebt Mittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes (5. Aufl.) §. 175, S. 433, Anm. 23 flg., verb. Grimm, Rechtsalterthümer S. 298, 358.

3) Grammatisch-kritisches Wörterbuch der hochteutschen Mundart Bd. IV, (der zweiten Ausgabe) S. 1722.

4) System der Volkswirthschaft Bd. 2 (Stuttgart 1860) S. 286, Anm. 2.

Digitized by Google

Schatz auf Steuerqualität, und die neueren Germanisten erklären daher auch: Zinsen oder Gülten sind alle Abgaben ..... sofern sie nicht nach der heutigen Verfassung als Steuern betrachtet werden müssen [5]).

Die nähere Feststellung des Begriffes und der verschiedenen Arten der Zinsen erfordert eine Auseinandersetzung über den Ursprung derselben. Wir beginnen daher mit einer

Geschichte der Zinsen [6]).

Die Entrichtung eines census war bereits bei den Römern üblich und beruhte theils auf der Steuerpflicht des Grundes und Bodens der Güter in den Provinzen, theils auf dem Colonat, als einer erblichen unauflöslichen Obligation zum Bau eines bestimmten Landgutes [7]).

Beide Arten der Zinsentrichtung gingen auch auf die von den Germanen gegründeten Reiche, insbesondre ins fränkische Reich mit über. Der öffentliche census wurde als Grund- und Personalsteuer der Provinzialen an den König geleistet und zwar zunächst in den früheren römischen Gebieten, dann aber auch auf die teutschen übertragen. Dieser Zins haftete an Grund und Boden und wurde selbst von den Franken entrichtet [8]). Befreit davon war nur das alte Stammgut (terra Salica). Es wird seiner öfter gedacht, gewöhnlich unter dem Namen census regalis [9]) und auch wohl tributum [10]). Dieser Zins kam durch Verleihung des Königs auch in andere Hände, besonders in die der Kirche, welche ihn fortdauernd bezog, unter Umständen auch wohl erließ [11]), während die

---

5) Runde, Grundsätze des gem. teutschen Privatr. §. 304. Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatr. §. 252. Gerber, System des teutschen Privatr. §. 168.

6) M. s. darüber Mittermaier a. a. O. §. 175 und die daselbst angeführte Literatur, insbesondre Duncker, die Lehre von den Reallasten, in ihren Grundzügen dargestellt. Marburg 1837. Verb. mit desselben Verfassers Abhandlung: Kann eine Reallast im heutigen Rechte durch Vertrag neu begründet werden? in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 11, Heft 3, Nr. 11, besonders S. 485 flg.

7) Vgl. v. Savigny, über den römischen Colonat und über römische Steuerverfassung unter den Kaisern, in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft Bd. 6, Nr. 4 u. 5, und mit Nachträgen wiederholt in desselben vermischten Schriften Bd. 2 (Berlin 1850) Nr. 15 u. 16.

8) Waitz, teutsche Verfassungsgeschichte Bd. 2, S. 498 flg., 522 flg., vgl. aber auch Warnkönig und Stein, franz. Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 1 (Basel 1846) S. 156 Anm.

9) Zeugnisse bei Waitz a. a. O. Verb. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 171, N. e (Stellen aus den Capitularien). Auch in Urkunden wird der census regalis später erwähnt. M. s. z. B. das Registrum Prumiense von 893 cap. 48., bei Beyer, Urkundenbuch zur Geschichte des Mittelrheins Bd. 1 (Coblenz 1860) S. 173.

10) S. das cit. Registrum Prumiense cap. 41. bei Beyer a. a. O. S. 165.

11) So erklärt Erzbischof Adalberd von Trier bei der Stiftung des Klosters Himmerode im J. 1138 (Beyer a. a. O. S. 359): „remittentes eis tributum et decimam, quae antea dum a rusticis colebantur, nobis et antecessoribus nostris exinde persolvebantur.“

dem Könige verbleibende Abgabe im Laufe der Zeit mit anderen Steuern zusammenfloß.

Viel häufiger beruht der Ursprung der Zinsen auf dem Colonat, welcher durch Vermittelung der Kirche auch in Teutschland Aufnahme fand und sich in verschiedener Weise ausbildete [12]).

Eine Zinspflicht wurde schon zeitig durch Auftragung des Eigenthümers mit Uebernahme einer jährlichen Abgabe begründet. Zwar fehlt es nicht an Beispielen, daß zur Erlangung des Schutzes für das künftige Seelenheil oder aus anderen Motiven, das Erbe mit dem Eintritte des Todes abgetreten und bis dahin kein Zins gezahlt wurde; so, wenn es in einer Urkunde von 772 heißt: „Propriam hereditatem ... firmiter tradidi de iure nostro in iurem et potestatem domini S. M. ad T., ut ... ad ipso domo ab hodierno die permaneat confirmatum, et nos ad finem vitae nostrae prestoria vice usitamur ... sine censu“ [13]). Ueblicher war indeß die Entrichtung eines Zinses als Bekenngeld, wie in einer Urkunde von 841: „Ea ... conditione haec omnia trado ..., ut nos quamdiu vixerimus per certam praestationis ... usufructuario possideamus, solventes inde censum per singulis annis IV denarios ... ne videamur eas ex proprio, sed iure beneficiario possidere [14]).“ Der Vertrag, welcher schriftlich aufgenommen wurde, bestimmte die Bedingungen solcher Uebertragungen näher, inwiefern nämlich auch für die Erben des Auftragenden dieses Verhältniß fortdauern solle, unter welchen Bedingungen der Zins abgelöst werden dürfe u. s. w. So heißt es in einer Urkunde von 868: „Ego L. ... ad monasterium S. Galli ... trado ... hereditatem meam ... pro anima mea —. ea ratione contradita esse volo, ut ego ipsas res habeam, annisque singulis unam ex eis denarium pro censu persolvam —. Ego etiam et filius meus ..., si hanc traditionem redimere velimus, cum uno solido redimamus. Redemtione autem non peracta ... frater meus B... vel eius filii ... cum decem libris infra quinque annos haec omnia redimant ...[15]).“ Das Herkommen entschied später überhaupt über die Fortdauer dieser Verbindung.

Zinspflicht entstand aber auch durch Vorbehalt eines Zinses bei Ueberlassung eines Gutes durch dessen Eigenthümer an andere Personen. Dies geschah besonders, wenn Gemeinden zur Cultivirung unbebauter Landstriche oder zur Anlegung einer Stadt Grund und Boden gegen Zinsleistung überwiesen wurde. So bestimmt z. B. Conrad von Zähringen in dem Privilegium, welches er im Jahre 1120 der Stadt Freiburg im Breisgau verlieh: „... Unicuique mercatori haream

12) S. Walter, teutsche Rechtsgesch. §. 422, 423.
13) Meichelbeck, historia Frisingensis Tom. I. nr. 31.
14) Schannat, corpus traditionum Fuldensium Tom. I. nr. 452.
15) Neugart, codex diplomaticus Alemanniae Tom. I. nr. 452., verb. vom J. 897, daselbst 510 u. a. m.

Digitized by Google

in constituto foro (ad) domos in perpetuum ius edificandas distribui, atque de unaquaque harea solidum publice monete mihi et posteris meis pro censu annuatim in festo B. Martini — persolvendo disposui[16]).“ Im Privilegium für Hamm von 1193 heißt es in ähnlicher Weise: „Area singulis (opidalibus) ad quatuor denarios sunt locata per annum“ und sonst sehr häufig[17]). Es ist dieses der census areae, Wortzins[18]). Die besonderen Verträge und Verleihungen enthalten auch darüber nähere Festsetzungen. Wie im Jahre 1229: „Prepositus ... aream et mansum pro IIII maldris siligiuis et III maldris tridici —, et IIII denariis Aschaffinburg. et II Colon. ei singulis annis persolvendis, mihi et omnibus heredibus meis iure hereditario contulit —. —. Protestor etiam — esse statutum inter nos, ut si dicta pensio Preposito memorato — usque ad futurum diem S. Michahelis — persoluta non fuerint —; ex tunc bona supradicta a me — et meis heredibus litera — in dominium Prepositi — transibunt[19]).“ Der bei solchen Verleihungen beliebte Vorbehalt des Zinses wird mitunter als solcher ganz bestimmt bezeichnet, wie in einer Urkunde von 1238 in folgender Weise: „— domum quendam — contuli ecclesiae Beatae Virginis — verumptamen in eodem domo retinui mihi meisque heredibus unum solidum annuatim —[20]).“

In ganz Teutschland war die Begründung der Zinsleistungen in solcher Art verbreitet, in den einzelnen Ländern aber mit mit mannichfachen Modificationen. So namentlich in den Gebieten des teutschen Ordens, wo die Gutsherren dem Orden und die Hintersassen den Gutsherren verschiedene Arten des Zinses zu leisten hatten. Die Bauern waren in früherer Zeit hier nur ausnahmsweise zinspflichtig[21]). Später erscheint der Zins, sowohl in Geld als in Naturalien eigenthümlich bei den Gütern, welche nach Kulmischem (Magdeburgischem), preußischem, polnischem Rechte verliehen waren[22]).

Außer den bisher berührten Fällen ist der Ursprung von Zinsen auch auf Kauf, auf Vergeltung für besonders verliehene Gerechtsame, und besonders auf Vogtei- und Jurisdictionsverhältnisse zurückzuführen, wie dieses im einzelnen in den Schriften nachgewiesen ist, welche sich

---

16) Schreiber, die älteste Verfassungsurkunde der Stadt Freiburg 1833. Dumgé, Regesta Badensia nr. 75.

17) Beispiele bei Mittermaier a. a. O. §. 175, N. 7—9. Duncker in der Zeitschrift für teutsches Recht a. a. O.

18) Ueber den Ausdruck s. m. Adelung, Wörterbuch unter dem Worte Garten Nr. 3, Bd. 2, S. 419. Vgl. Albrecht, die Gewere S. 138, 175.

19) Gudenus, Codex diplomaticus Tom. II. p. 501.

20) Grupen, origines et antiquitates Hanov. p. 48.

21) Voigt, Geschichte Preußens Bd. 3 (von 1249—1283) S. 456.

22) M. s. überhaupt Voigt, übersichtliche Darstellung der Rechtsverfassung Preußens während der Zeit der Ordensherrschaft, in Bobrik und Jacobson Zeitschrift für Theorie und Praxis des preuß. Rechtes Bd. 1, H. 1, Nr. 2, und im besonderen Abdruck, Marienwerder 1834.

Digitized by Google

auf dieſe Gegenſtände im allgemeinen oder in ſpeciellen Anwendungen beziehen.

Aus der ſehr ausgedehnten Literatur genüge es hier beſonders auf folgende Schriften aufmerkſam zu machen. Ludov. Cencii, de censibus Venet. 1621. Lugdun. 1658. — Georg. Franzkii, resolutionum libri III. Colon. 1721. 4. (lib. I.) — Io. Friedr. Rhetius, de censu fundo cohaerente, in Sam. Stryk opera omnia Tom. X. nr. XVI. p. 230—261. — Ferraris, prompta bibliotheca canonica sub voce census. — I. H. Böhmer (ſ. Anm. 1). — Schnassert, de censu dominico et conventionali. Harderov. 1724. — R. C. Henne, de natura et indole censuum. Erford. 1764. 4. — Sigm. Herm. de Post, diss. de origine et natura iuris censitici haereditarii Germanorum eiusque praecipuis ab emphyteusi romanorum differentiis. Goetting. 1789. und die Nachweiſungen der Abhandlungen bei Liparius in der bibliotheca realis iuridica (ad nov.) Tom. I. Fol. 201. 202., in den Supplementa ed. Schott Fol. 71., im Tom. II. (ed. de Senkenberg) Fol. 76. 77., im Tom. III. (auctore Madihn) Fol. 256. Dazu füge man die Anm. 6 cit. Schriften von Duncker und der übrigen die Lehre von den Reallaſten behandelnden Autoren. (M. ſ. deshalb den Artikel Reallaſten im Rechtslexikon Bd. IX, S. 28 flg.) Außerdem kommen hier einzelne Monographien in Betracht, auf welche beſonders aufmerkſam gemacht werden ſoll, ſowie die neueren Lehr- und Handbücher des teutſchen Privatrechtes vornämlich ſeit Runde.

Für das Verſtändniß der Materie iſt die Benutzung der Particularrechte von großer Wichtigkeit, über welche Mittermaier im teutſchen Privatrechte §. 175, Anm. 27. §. 484, Anm. 4 Auskunft ertheilt. Zum bayer. Landrechte Th. IV, Cap. 7, §. 9, §. 23. Vgl. v. Kreittmayer Anmerkungen Th. IV, S. 405 flg., 485 flg., verb. mit den Mittheilungen über die Provinzialgeſetze in Arnold's Beiträgen zum teutſchen Privatrechte. Bayreuth 1842. Zum preuß. Landrechte Th. I, Tit. 18, §. 680 flg. Th. I, Tit. 21, §. 190—194. Th. II, Tit. 7, §. 472 flg. Die Ergänzungen und Erläuterungen der preußiſchen Rechtsbücher zu den bezeichneten Stellen ſowie die die Provinzialrechte betreffenden Schriften (m. ſ. die Nachweiſe im Rechtslexikon im Artikel Preußen).

Indem wir uns jetzt zu einer Darſtellung der

Rechtsgrundſätze über die Zinſen

wenden, gehen wir aus

Von den Arten der Zinſen.

Wir können im allgemeinen, nach ihrer Entſtehung, drei Arten unterſcheiden, je nachdem ſie Ausfluß eines obligatoriſchen Nexus (Leihzins, census locativus) oder vom Eigenthümer beſtellt (census constitutivus) oder vorbehalten (census reservativus) ſind.

Digitized by Google

1) Der geliehene Zins[23]). Das Eigenthümliche desselben besteht darin, daß der Zins von dem Inhaber eines ländlichen oder städtischen Gutes entrichtet wird, jedoch mit der Maßgabe, daß die Pflicht zur Leistung auf einer Obligation beruht, welche sich auf die erfolgte Location bezieht. Dahin gehört die annua pensio bei der traditio ad firmam[24]), die Emphyteuse[25]), Zins- und Erbzinsgüter, das Zins- und Beutellehn, Küchenlehn (feuda censitica)[26]) u. a. m. Der Zins selbst entspricht seiner Größe nach regelmäßig den gewährten Nutzungsrechten (s. weiterhin).

2) Der bestellte Zins (census constitutivus)[27]). Unter diesen Begriff fällt jeder Zins, welchen der Eigenthümer eines Grundstückes demselben als Reallast auferlegt. Es gehört dahin zuvörderst der Fall, wenn der Eigenthümer sein Gut einem anderen aufgelassen und unter Uebernahme der Zinspflicht mit demselben wieder beliehen ist (s. oben Anm. 13 flg.). Der Zins ist hier Bekenngeld oder schlechter Zins und die Güter, auf denen derselbe ruht, heißen schlechte Zinsgüter. Bisweilen ist's ein Vogtzins, welcher bei der Subjection unter die Vogtei ursprünglich übernommen oder nach Aufhebung der Vogtei dem bisherigen Vogteiherrn zugesichert wurde; oder ein Gerichtszins, in gleicher Weise an den Gerichtsherrn ursprünglich entrichtet oder nach Aufhebung verschiedener Gerichtslasten besonders versprochen. Mitunter wird der Zins zur Vergeltung für gewisse Zugeständnisse gegeben, wie für Gewährung des Weiderechtes, der Benutzung der Forste u. s. w.[28]). Unter den Begriff der constituirten Zinsen fallen auch die gekauften Renten[29]), als Wortzins (s. oben Anm. 18), Erbzins (census hereditarius), Ewiggeld (census perpetuus). Ebenso gehören annuae pensiones hierher, welche auf geistlichen oder secularisirten Gütern ruhend und als kirchliches Beneficium von Jemandem bezogen werden[30]). Gemeinhin ist dieser Zins von geringerer Größe, ohne Verhältniß zu der Nutzung des Zinspflichtigen.

3) Der vorbehaltene Zins (census reservativus)[31]). Dahin gehört der Fall, wenn Jemand sein Eigenthum einem Anderen

---

23) S. Duncker, die Reallasten §. 48—50. Walter, teutsches Privatr. §. 147, 534.

24) S. I. H. Böhmer (in den Exercit. ad Pand. cit.) §. 5.

25) S. das Rechtslexikon Bd. III, S. 862, 863.

26) Es sind dieses sämmtlich Bauerlehen; über deren Natur im allgemeinen s. m. den Artikel Lehenrecht im Rechtslexikon Bd. VI, S. 414.

27) S. das Rechtslexikon Bd. IX, S. 100 flg.

28) Vgl. das Urtheil im Archiv für Civil- und Criminalrecht der preuß. Rheinprovinzen Bd. 51 (Köln 1855) Heft 3, S. 163 flg.

29) Ueber den Rentenkauf s. m. Rechtslexikon Bd. IX, S. 101 flg., verb. Stobbe, zur Geschichte und Theorie des Rentenkaufes, in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 19, Heft 2, Nr. 6, S. 178 flg.

30) S. Eichhorn, teutsches Privatr. §. 162, N. e.

31) S. das Rechtslexikon Bd. IX, S. 108 flg.

Digitized by Google

überläßt und sich zur Erinnerung an sein früheres Recht einen Zins vorbehält [32]). Der Zins selbst ist dann nur ein mäßiger. Unter diesen Begriff wird aber auch der Fall gezogen, wenn der Eigenthümer sich das Obereigenthum vorbehält und von dem Inhaber des Untereigenthums sich einen, auch wohl größeren Zins entrichten läßt. Vorzugsweise wird dieser Zins Grundzins genannt [33]), da er die Natur einer Reallast hat.

Andere Eintheilungen der Zinsen hängen mit dem Gegenstande, der Art, dem Orte der Leistung zusammen.

Gegenstand des Zinses [34]).

Schon Facitus sagt von den Germanen als Herrn im Verhältnisse zu den Hörigen: „Frumenti modum dominus, aut pecoris, aut vestis, ut colono, iniungit [35])" und von jeher ist auch das Object des Zinses sehr verschieden. Im allgemeinen ist es Naturalzins (später auch als Surrogat dafür Zinsgeld) oder Geldzins [35a]). Ferner ist Fruchtzins, wie Eier, Milch, Honig, Wachs (daher Wachszinsen, cerocensuales) [36]) u. a., auch zubereitet, wie Butter, Käse, Malz und Mehl, Bier, Brot, Kuchen, Flachs und Hanf; Viehzins, namentlich Hühner, Gänse, Lämmer, auch geschlachtetes Vieh, Fleisch und Speck u. a.; Kleiderzins, wie Laken, Hemden, Pelze, Handschuhe, Hosen, Tücher u. a.; Geräthezins, wie Hufeisen und Hufnägel, Pflugeisen, Wagen, Schüsseln u. a. Diese Abgaben werden auch näher bezeichnet mit Rücksicht auf die Zeit, in der sie zu zinsen sind, wie Fastnachts-, Sommer-, Herbsthühner, Martinsgänse, Ostereier, Pfingstkäse, Pfingstlämmer u. s. w.; sowie mit Rücksicht darauf, daß sie von jedem Hause, Herde, Rauch geleistet werden, als Herd-, Rauchhuhn, oder auch nach dem Grunde der Verpflichtung, wie Wald-, Forst-, Laubhuhn wegen der Benutzung des Waldes, des Laubsammelns, Forst-, Weidehafer, als Gerichtszins, wie Go- (Gau-)huhn, Gogans, Gewalthuhn, als Vogteizins, wie Vogthuhn, Vogthemde, Vogthafer, Schirmhafer, Schirmwein u. a. [37]).

---

32) S. oben Anm. 16—20. Vgl. c. 1. X. de in integrum restitutione (I. 41.) Alexander III. I. H. Böhmer (in den Exercit. cit.) §. 29. und die Citate daselbst.

33) Grimm, Rechtsalterthümer S. 384. Andere Literatur s. m. bei Mittermaier a. a. O. §. 176, Anm. 4.

34) Specialia s. m. bei Danz, Handbuch des teutschen Privatr. Bd. 3, S. 233 flg. Grimm, Rechtsalterthümer S. 338 flg.

35) Germania cap 25., vgl. Gregor. Turon. hist. lib. IV. cap. 24.

35a) Für den Unterschied werden auch die Ausdrücke Stift und Gilt gebraucht (v. Kreittmayer a. a. O. Th. IV, S. 406).

36) Vgl. Grimm a. a. O. S. 315.

37) S. G. Friedr. Deinlin, de praestationibus gallinarum, sive Hühner-Zinsen. Altorf 1731. 4—. Fr. Jos. Bodmann, die Lehre vom Rauchhuhn, Rauchpfund, Herdschilling, Herdgeld, diplomatisch und kritisch, theoretisch und praktisch erläutert, in J. G. Siebenkan's Beiträgen zum teutschen Rechte Th. V, Nr. 1, S. 1—69.

Digitized by Google

Das Zinsrecht und die Zinspflicht.

Das Verhältniß des Berechtigten und Verpflichteten ist im allgemeinen nach deren Entstehungsgrunde zu beurtheilen. Dieser ist vornämlich Vertrag, nächstdem letztwillige Verfügung, Herkommen, Verjährung [38]). Der Inhalt im besonderen ist aus Weisthümern, Leih- und Gültbriefen, Heberollen, Grund- und Zinsbüchern u. s. w. festzustellen [39]). Darnach bestimmt sich insbesondre die Größe der Leistung. Gewöhnlich ist dieselbe speciell fixirt [40]), bisweilen aber auch auf eine pars quota angewiesen [41]), selbst ein Drittheil [42]), ja sogar die Hälfte [43]). In diesem Falle sind die Vorschriften über Zehnten (s. weiter unten) in Anwendung zu bringen [44]), doch sind die Naturalien so, wie sie auf dem zinspflichtigen Gute gewonnen werden, rein und unvermischt zu entrichten [45]). Der fest bestimmte Zins darf nicht erhöht werden; wenn aber das Gut an den Herrn zurückfällt und neu ausgeliehen wird, ist dies statthaft [46]), insofern nicht Landesgesetze ein Verbot dagegen erlassen haben [47]). Das preußische Recht bestimmt [48]): „Der Erbpachtzins ist in der Regel unabänderlich und kann nicht erhöht werden. Ist jedoch festgesetzt, daß nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes ein neuer Nutzungsanschlag aufgenommen und darnach der Zins für den folgenden Zeitraum bestimmt werden solle: so verliert das Geschäft blos dadurch noch nicht die Eigenschaft einer Erbpacht." — Was den Nachlaß am Zins wegen eingetretener Unfälle betrifft, so bestimmt darüber bisweilen schon der Contract selbst und die Weisthümer bieten dafür auch besondere Entscheidungen. So wird vorgeschrieben, daß der Pflichtige, wenn er im Hause eine Kindbetterin hat, nur der Kopf des Huhns von ihm geliefert werden soll, während der Wöchnerin das Uebrige zufallen soll [49]). Nächstdem entscheiden die Gesetze, welche dabei auf die verschiedenen Arten der Güter Rücksicht nehmen. So bestimmt z. B.

---

38) S. Rechtslexikon Bd. IX, S. 92 flg.

39) Vgl. preuß. Landr. Th. II, Tit. 7, §. 137, 472. (Vgl. die von Koch, allgem. Landr. Th. II, Bd. 1, S. 647, 648 (2. Ausg.) angeführten Urtheile.) Mittermaier a. a. O. §. 177, Anm. 2, 3.

40) Beispiele in den Weisthümern. Vgl. Grimm, Rechtsalterthümer S. 377.

41) Campi pars-champart s. Mittermaier a. a. O. §. 175, Anm. 4. Warnkönig und Stein, französische Staats- und Rechtsgeschichte I, S. 255, 258. II, 401.

42) Grimm a. a. O. S. 359.

43) Warnkönig und Stein a. a. O. Bd. 1, S. 255.

44) Preuß. Landrecht Th. II, Tit. 7, §. 474. Gründler, Polemik des germ. Rechtes Bd. 1, S. 301.

45) Landrecht a. a. O. §. 475. Vgl. Struben, rechtl. Bedenken Bd. 3, Nr. 112.

46) S. Eichhorn a. a. O. §. 253, Nr. 2. Mittermaier a. a. O. §. 117, Nr. 4, S. 437.

47) Eichhorn a. a. O. §. 253, N. b.

48) Landrecht Th. I, Tit. 21, §. 193, 194. Eichhorn a. a. O. N. c.

49) Bodmann, Rheingauische Alterthümer S. 381.

Digitized by Google

das preußische Recht, daß wegen erlittener Unglücksfälle nur dann Gutsunterthanen an den herrschaftlichen Zinsen Nachlaß fordern können, wenn ihnen dergleichen an den landesherrlichen Contributionen zu Statten kommt[50]). Der Erbzinnsmann hat dagegen, wie der Erbpächter wegen erlittener Unglücksfälle und Verlustes an den Nutzungen, keinen Anspruch auf Erlaß am Zinse; wenn aber das Gut ohne Verschulden des Besitzers weniger einbringt, als der Zins beträgt, so kann er Nachsicht fordern[51]). Aehnliche Bestimmungen finden sich im österreich. bürgerl. Gesetzbuche §. 1133, 1134, im Code Napoleon für Baden §. 710 flg. Die Doctrin und darnach die Praxis ist dagegen über die Frage an sich nicht einig. Die meisten Schriftsteller nehmen an, daß dem Erbzinsmann, welcher sich im Eigenthume befindet, es sei vollkommenes oder unvollkommenes, ein Anspruch auf Nachlaß nicht zustehe, sondern der Grundsatz: casum sentit dominus in Anwendung zu bringen sei[52]). Nur da, wo das Verhältniß der Zeitpacht maßgebend ist, tritt der Erlaß ein. Andere nehmen dagegen an, daß darauf zu sehen sei, ob der Zins seiner Größe nach nur die Natur eines Bekenngeldes hat und statuiren für diesen Fall keinen Nachlaß, behaupten dagegen die Forderung desselben, wenn der Zins im Verhältnisse zu den Nutzungen steht, indem dann die Analogie der Pacht eintrete[53]).

Der Zinsmann hat in der Regel[53a]) den Zins dem Berechtigten zu überbringen. Wenn das Recht an einem bestimmten Gute haftet, ist der Zins nach demselben hin zu liefern, sonst wird er an den Wohnort des Zinsherrn gebracht. Das Herkommen weicht aber davon ab. In Frankreich bestand der Grundsatz: „Le cens est rendable et portable, le champart requérable[54])." Das Champart (s. Anm. 41) mußte vom Berechtigten geholt, der Zins vom Pflichtigen gebracht werden. Auch in Teutschland war es bisweilen hergebracht, daß der Berechtigte den Zins holen lies. Es war dies besonders bei befreiten Gütern der Fall, deren Besitzer nicht gestatteten, daß der Berechtigte das Haus betrat, sondern den Zins über das dasselbe umgebende Gitter (Gatter) hinreichte. Darnach heißt der zu holende Zins Gatterzins[55]). An einen solchen erinnert das sächsische Landrecht B. I, Art. 54, §. 2 und darüber heißt

---

50) Allg. Landr. Th. II, Tit. 7, §. 488.

51) A. a. O. Th. I, Tit. 18, §. 758, 759. Tit. 21, §. 207, 210.

52) Vgl. die Nachweisungen bei v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. Bd. 2 (2. Ausg.), S. 380. Verb. Walter, teutsches Privatr. §. 535, S. 698 und die Citate der folgenden Anmerkung.

53) S. Eichhorn a. a. O. §. 253, Nr. 5. Dagegen besonders Mittermaier a. a. O. §. 179 a. E.

53a) v. Kreittmayer a. a. O. S. 407, 408.

54) Warnkönig und Stein a. a. O. Bd. I, S. 255, Anm. 8, 9. S. 258. Mittermaier a. a. O. §. 179, Anm. 7.

55) Grimm, Rechtsalterthümer S. 388, 389. S. v. Kreittmayer a. a. O. S. 490.

Digitized by Google

es in einem Weisthum von Haidenfeldt[56]): „Item es sind auch gute zu H., die sind auch genannt seldengut; die zinsen, die darauff gefallen sind, soll man heischen uff S. Martines tag, und soll der, der dieselben zinse da sament, den zinß fordern vor dem gattern, und soll des zinses allda warten den tag, dieweil daß er den thürrigel by tag dannoch gesehen mag ..." Ob bei der Ueberbringung des Zinses dem Pflichtigen eine Gegenleistung, Pröve (praebenda) zu gewähren sei, hängt von speciellen Rechtstiteln ab[56a]).

Auch wegen der Zeit der Lieferung pflegen besondere Bestimmungen festgesetzt zu sein, worauf schon die Namen mancher Zinse (s. oben) hinweisen. Für den Fall des Verzuges kann der Berechtigte nach seiner Wahl Naturallieferung oder baare Zahlung nach dem am Verfalltage bestandenen mittleren Marktpreise verlangen[57]). In dem Falle, wo der Berechtigte sich selbst den Zins holen lassen muß, tritt noch besondere Strafe ein. Der Sachsenspiegel in der vorhin citirten Stelle sagt darüber: „Swe sinen tins to rechten dagen nicht ne gift, trigelde sal he ine zwen des anderen dages, unde alle dage also, de wile he ine under ime hevet, daße ime die herre mit rechten ordelen volge, unde ime to sineme huse esche; werde man uis nicht plichtig sinen tins buten sin hus to gevene." Dieses ist der sog. Rutscherzins (census promobilis), die Zinsbuße[58]). Verschieden davon ist der Fall, wo sogar bei anhaltender Mora die Gefahr des Verlustes des Gutes eintritt. Hier heißt der Rutscherzins Fahrzins, Fargeld, Farpfennige. So heißt es in einer Urkunde von 1657: „Dieße Fährrent also beschaffen ist, daß van dieselbe nit uff St. Cuniberti-Tagh vor Sonnen-Untergang geliefert wirdt, alßdann by auf- und niedergangh der Sonnen alle Zeit duppel und duppel verfallet biß auf den neunten Tagh, alsdann die Unterpfändte dem Zinßherrn auf Gnadt heimgefallen seindt[59])". Wo diese harte Folge der Verzögerung nicht ausdrücklich im Particularrechte[60]) vorgeschrieben ist, kann nur ein geringerer Nachtheil als Conventionalstrafe verabredet werden[61]), wobei aber das gesetzliche Maaß der Verzugszinsen nicht überschritten werden darf[62]). Früher hatte der Zinsherr auch ein gesetzliches Pfandrecht an dem Grundstücke, auf welchem die Zinspflicht ruht, wogegen jetzt nur ein privilegirtes Verfahren

56) Grimm, Weisthümer III, S. 563.

56a) S. Mittermaier a. a. O. §. 177, Nr. 3.

57) S. Mittermaier a. a. O. §. 179, Nr. 2.

58) G. H. Ayrer, de causibus mora crescentibus. Gotting. 1744. 4. Verb. Grimm, Rechtsalterthümer S. 387 flg. und andere Literatur bei Homeyer zum sächs. Landr. Th. I, 54 und Mittermaier a. a. O. §. 180, Anm. 2.

59) v. Mering, Geschichte der Burgen in den Rheinlanden H. 3, S. 73.

60) Den Particularrechten ist aber häufig der Rutscherzins unbekannt. S. v. Kreittmayer a. a. O. S. 487 a. E., 488.

61) Eichhorn a. a. O. §. 264, Nr. 3. Ortloff, Grundzüge eines Systems des teutschen Privatrechtes S. 418.

62) L. 13. §. 26. D. de actionibus emti venditi (19. 1.)

Digitized by Google

eintritt, wenn deſſen Bedingungen vorhanden ſind [63]). Ein Vorzugsrecht wegen der Zinsforderung im Concurſe findet ſich nur particularrechtlich [64]).

Von einem Expulſions- oder Abmeierungsrechte [65]) kann in ſolchen Fällen nicht die Rede ſein, wo dem Zinspflichtigen ſelbſt das Eigenthum am Gute zuſteht. Dagegen iſt es ſtatthaft ſelbſt bei Erbleihen, ſoweit nicht Particularrechte es aufgehoben haben [66]), und zwar auch wegen Nichtentrichtung der Zinſen nach Ablauf einer beſtimmten Zeit, indem dem Berechtigten dann die Caducitätsklage zuſteht. Stellt er dieſelbe nicht an, ſo kann nach der Praxis noch durch Zahlung der Verluſt vermieden werden [67]).

Die Ablöſung, Aufhebung der Zinſen beruht auf den Gründen, welche für Reallaſten [68]) überhaupt in Betracht kommen [69]).

Mit den Zinſen in vieler Hinſicht verwandt, wegen der beſonderen Zwecke aber in anderer Weiſe entwickelt ſind

B. Die Zehnten (decimae)

d. h. im allgemeinen Abgaben des zehnten oder eines anderen beſtimmten Theiles der Erzeugniſſe eines Grundſtückes oder einer Wirthſchaft, welche als Reallaſt von demjenigen entrichtet werden müſſen, welcher in eigenem Namen das verpflichtete Grundſtück benutzte. Die Zehnten ſind aber theils weltliche, theils kirchliche. Die letzteren ſind die wichtigeren und mit dem Namen Zehnten werden auch gemeinhin nur ſie bezeichnet. Die folgende Darſtellung hat daher auch vorzugsweiſe dieſelben als Theil des kirchlichen Vermögens ins Auge zu faſſen [70]).

Urſprung und Geſchichte der Zehnten.

Während die älteren Schriftſteller die Entſtehung der Zehnten gewöhnlich allein auf das moſaiſche Recht und deſſen Uebertragung auf die Kirche zurückführen, um ſo zugleich den göttlichen Urſprung dieſer Leiſtung zu rechtfertigen und auch ſpäterhin häufig nur dieſer Zuſammenhang feſtgehalten wird, iſt bereits im ſiebenzehnten Jahrhundert von Engländern, namentlich Selden 1618 [71]) und Holländern, beſonders

63) Eichhorn a. a. O. §. 262, Nr. 2. Mittermaier a. a. O. §. 180, Nr. 3.

64) So im preuß. Rechte nach dem Landrechte Th. II, Tit. 7, §. 493, jedoch modificirt durch die Concursordnung v. 8. Mai 1855. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 180, Nr. 4.

65) Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 263. Ortloff a. a. O. S. 418. Mittermaier a. a. O. §. 180, Nr. 1.

66) So in Bayern nach dem Edict v. 26. Mai 1808 §. 16.

67) S. Citate bei Eichhorn §. 263, Anm. c.

68) S. Rechtslexikon Bd. IX, S. 118 flg. Vgl. Holzſchuher a. a. O. S. 381, Nr. 13. S. 382, Nr. 16.

69) Weitere Specialia ſ. m. am Ende dieſer Darſtellung.

70) Vgl. den Artikel Kirchengut im Rechtslexikon Bd. VI, S. 147.

71) Vgl. I. H. Böhmer, ius eccl. Protestantium lib. III. tit. 30. §. 3 sq. Birnbaum, die rechtl. Natur der Zehnten S. 34.

Digitized by Google

Hugo Grotius[72]) 1625 die Herleitung aus Anordnungen des Staates vertheidigt worden. Während diese Männer wegen einer solchen Ansicht schweren Angriff zu erleiden hatten, ist nachher von Seiten der unbefangeneren Forschung ihnen verdiente Anerkennung zu Theil geworden und diese Frage, nach Beseitigung älterer Irrthümer, gründlicher beantwortet. Den profanen Ursprung einzelner Zehnten verkannten zwar auch diejenigen nicht, welche doch die Regel der auf religiöser Grundlage ruhenden Leistung behaupteten, wie J. H. Böhmer[73]), Struben[74]) und andere, principmäßig und bestimmter unterscheidend erklärte sich aber G. L. Böhmer[75]) 1749 und nach seinem Vorgange viele andere[76]), welche einen Theil der Zehnten als aus dem römischen Colonat entsprungen betrachteten. Seitdem wurde fast allgemein angenommen, daß die Zehnten, insoweit sie weltlicher Anordnung ihre Entstehung verdanken, entweder auf dem Colonat oder einem allgemeineren Staatsbefehl beruhen, somit theils die Natur einer privatrechtlichen Abgabe, theils einer Staatssteuer besitzen[77]). Mit einer andern Meinung trat dagegen Birnbaum auf in seiner Schrift: Die rechtliche Natur der Zehnten aus den Grundeigenthumsverhältnissen des römischen und fränkischen Reiches historisch entwickelt, mit Berücksichtigung der neuesten Anträge auf Zehntabschaffung u. s. w. Bonn 1831. 8. Derselbe sucht nachzuweisen, daß „die Idee des Ursprunges der Zehnten aus einer Steuer als eine durchaus ungegründete und unhaltbare verworfen werden müsse", daß wie schon Mably bemerkt habe[78]), „in der ganzen Sammlung der Capitularien sich nicht eine Stelle fände, aus der man eine allgemeine Einführung der Zehnten durch Karl den Großen abnehmen könnte." Als Ergebniß einer speciellen Interpretation der für die entgegengesetzte Ansicht angeführten Zeugnisse stellt er die Behauptung auf: „Wir wiederholen mit der festesten Ueberzeugung von der Wahrheit unserer Behauptung, daß die Zehnten besonders in dem ehemals römischen Teutschland durchaus auf privatrechtlichem Wege, und sowohl zum Besten von Laien als zum Vortheile der Kirchen hauptsächlich aus den römischen Possessions- und Colonatverhältnissen entstanden seien. Auch ist es nicht zu bezweifeln, daß das römische Colonats- und Zehntwesen in den germanischen Reichen

---

72) Birnbaum a. a. O. S. 32 (Anm. 2) flg.
73) Ius eccl. Prot. l. c. §. 17.
74) Nebenstunden V, S. 35.
75) De origine et ratione decimarum in Germania. Gotting. 1749, wiederholt in den Electa iuris civilis Tom. III.
76) Outrepont, Essai historique sur l'origine des dixmes. 1780. und Défense de l'essai historique etc. 1784. Raepsaet, Défense de Charles Martel. 1806.
77) M. s. z. B. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 1, §. 186.
78) Observations sur l'histoire de la France, in seinen Werken vol. I. p. 438. Birnbaum a. a. O. S. 161 flg.

Digitized by Google

fortgebildet, zur allmäligen Verdrängung der Sklaverei des Alterthums geführt habe. . . . Der Zehnt ist also seinem Ursprunge nach mit den emphyteutikarischen Leistungen einerlei Natur . . ." Gegen diese so generell ausgesprochene Ansicht sind von den verschiedensten Seiten her Entgegnungen erfolgt. v. Savigny erinnert, daß Birnbaum zweierlei Fruchtabgaben, die bei den Römern vorkommen, verwechselt habe[79]). Eichhorn erklärt, daß auf römischem Boden die weltlichen Zehnten häufiger gewesen sein mögen, auf Teutschland aber nur wenig von Birnbaum's Ausführung passe[80]). Direct oder indirect ist seitdem mehrfach diese Auffassung widerlegt und in engere Grenzen zurückgewiesen, wie die Untersuchungen von Waitz[81]), Rettberg[82]), Roth[83]) und anderen, namentlich denjenigen ergeben, welche die Geschichte der kirchlichen Zehnten selbst in eingehender Weise zum Gegenstande der Forschung gemacht haben[84]).

Der Ursprung der Zehnten ist ein sehr mannichfaltiger. Ein großer Theil derselben beruht auf römischen Instituten. Von dem steuerpflichtigen Boden in den Provinzen (ager publicus), welcher soweit er im Eigenthum des Staates stand, besonders ausgeliehen war, hatten die possessores einen Zehnten zu entrichten. Ebenso entstand die Abgabe eines Zehnten dadurch, daß Grundherren ihren Boden zur Bewirthschaftung an Colonen verliehen, unter Auferlegung der Leistung[85]). Dergleicheu Colonate kamen durch Schenkung an die Kirche; aber die Kirche begründete auch selbst an eigenem Grund und Boden gleiche Verhältnisse und erhielt dadurch besondern Zehnten. In den neu gegründeten germanischen Reichen konnten diese Einrichtungen fortdauern, da sowohl die römischen Provinzialen, als die Kirche selbst nach römischem Recht, als ihrem persönlichen, lebten, und deshalb finden wir auch in den Volksrechten eine besondere Anerkennung dafür. So heißt es in der Lex Wisigothorum lib. X. tit. 1. cap. 19: Si quis terram, vineam, aut aliquam rem aliam pro decimis, vel quibus libet commodis praestationibusque reddendis — ab alio acceperit possidendam . . ." Desgleichen lib. VIII. tit. 5. cap. 1: Si — aliquis sub pactione decimarum porcos in silvam intromittat alienam et usque ad brumas porci in silva alterius paverint, decimas sine

79) In der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11, Heft 1, S. 34 flg., sowie in den vermischten Schriften Bd. 2 (Berlin 1850) S. 166 flg.

80) Teutsche Rechtsgeschichte §. 186, Anm. m.

81) Teutsche Verfassungsgeschichte Th. 2, S. 529 flg.

82) Kirchengesch. Teutschlands (Göttingen 1848) Bd. 2, §. 110, S. 707 flg.

83) Geschichte des Beneficialwesens (Erlangen 1850) S. 360 flg.

84) S. Walter, Kirchenrecht §. 247, verb. mit desselben System des gem. teutschen Privatrechtes §. 531. Richter, Lehrbuch des Kirchenrechtes (5. Aufl.) §. 308. Permaneder, Handb. des Kirchenr. (3. Aufl.) §. 489. Schulte, das kathol. Kirchenr. Th. II, §. 100 u. a. — Kühlenthal, die Geschichte des teutschen Zehntens pragmatisch bearbeitet. Heilbronn 1837. 8.

85) Vgl. v. Savigny in den vermischten Schriften Bd. 2, Nr. 15 u. 16.

Digitized by Google

ulla contradictione persolvat . . .“ So beſtimmt auch die Lex Baiuwariorum tit. 1. cap. 14: De colonis vel servis ecclesiae, qualiter serviant, vel qualia tributa reddant, hoc est agrarium, secundum aestimationem iudicis, provideat hoc iudex, secundum quod habet, donet. De triginta modiis tres donet et pascuarium deservat secundum usum provinciae“ — „Reddant decimum fascem de lino, de apibus decimum vas —“[86]).

Zehntverhältniſſe für die Kirche wurden im achten Jahrhundert durch das Beneficialweſen in großem Umfange begründet. Nachdem die Kirche ſehr bedeutenden Grundbeſitz erworben, die fränkiſchen Könige aber über die Fiscalgüter zu Gunſten ihres Bundes bereits verfügt hatten und für denſelben Zweck weiterer Beſitzthümer bedurften, übertrugen Karl Martell und mehr noch ſeine Söhne Karlmann und Pipin die kirchlichen Güter ihren Getreuen zeitweiſe als Precarien, mit der Verpflichtung, außer den ſchon auf dieſen Gütern ruhenden Zehnten noch einen zweiten Zehnten der Kirche zu zahlen, alſo eine decima et nona. Inſofern das nach dem Tode des Precariſten vacante Gut der Kirche nicht reſtituirt wurde, was nur ausnahmsweiſe geſchah, erfolgte eine neue Verleihung unter der vorigen Bedingung. Das Sachverhältniß ſelbſt iſt klar dargelegt in dem Capitulare Liſtinense Carlomanni von 743, wo es im cap. 2 heißt[87]): Statuimus quoque cum concilis servorum Dei et populi christiani . . . ut sub precario et censu partem ecclesialis pecuniae in adiutorium exercitus nostri cum indulgentia Dei aliquanto tempore retineamus, ea conditione, ut annis singulis de una quoque casata solidus, id se duodecim denarii, ad ecclesiam vel ad monasterium reddatur, eo modo, ut si moriatur ille, cui pecunia commodata fuit, ecclesia cum propria pecunia revestita sit. Et iterum, si necessitas cogat et princeps iubeat, precarium renovetur, et scribatur novum. Et omnino observatur, ut ecclesia vel monasteria pecuniam et paupertatem non patiantur, quorum pecunia in precario quaestita sit. Sed si paupertas cogat, ecclesiae et domui Dei reddatur integra possessio.“ Ueber die doppelte Leiſtung erklärt aber das Capitulare Francicum von 779 cap. 13[88]): „De rebus ecclesiarum unde nunc census exeunt, decima et nona cum ipso censu sit soluta; et unde antea non exierunt, similiter nona et decima detur etc.“, eine Beſtimmung, welche ſeitdem öfter wiederholt wurde[89]), zugleich aber mit der

86) Vgl. auch Lex Alemannorum tit. 22. 23., wegen der Gleichſtellung der servi und coloni ecclesiae mit denen des Königs.

87) Monumenta Germaniae edidit Pertz. Vol. Legum Tom. I. Fol. 18. Vgl. Capitulare Saessonense a. 744 c. 3. von Pipin, Fol. 21. S. Roth, Geſchichte des Beneficialweſens S. 336 flg. Waitz, teutſche Verfaſſungsgeſch. Th. 3 (Kiel 1860) S. 43 flg.

88) Monumenta cit. II. 37.

89) Vgl. Capit. a. 779 Longobard. c. 14. (Pertz l. c. Fol. 38.), Capit. Francofurt. a. 794 c. 25. (l. c. 73.), Aquisgran. a. 801 c. 22. (l. c. 88.), Capit.

Digitized by Google

Anordnung einer allgemeinen Zehntleistung an die Kirche überhaupt. Diese letztere beruht aber auf einen anderen rein kirchlichen Fundament.

Es ist eine uralte Sitte, den zehnten Theil des Erwerbes Gott zum Opfer zu bringen, wovon sich bereits vor Moses eine bestimmte Spur findet[90]). Moses selbst verordnete aber (IV. Mos. XVIII, 20 flg.), daß die Leviten für ihren Dienst im Heiligthume von den Israeliten alle Zehnten, welche eigentlich Jehovah gebührten (III. Mosis XXVII, 30—33), erhalten und davon den zehnten Theil an den Priester Aharon wieder abgeben sollten. Das spätere Gesetz (V. Mosis XIV, 22—29) beschränkte diese Vorschrift, indem wohl eine Verwendung des Zehnten zu Opfermahlzeiten um jedes dritte Jahr zur Bewirthung der Leviten und anderer Dürftigen, aber nicht eine feste Abgabe an den Stamm Levi geboten wird. Nach dem Exil fing man an, auf vollständige Erfüllung des mosaischen Gesetzes mit größerer Strenge zu dringen (Nehemiá X, 38 flg. Maleachi III, 8 flg.) und später wurde die Stelle V. Mosis selbst auf einen zweiten Zehnten gedeutet[91]). Schon zeitig führte die Gleichstellung des christlichen Klerus mit den levitischen Priestern zu einer Uebertragung der jüdischen Vorschriften in die Kirche[92]) und, da die Gemeinden in der Erfüllung derselben säumig waren, zu dringenden Mahnungen. In der Kirche des Orients sind alttestamentliche Abgaben in den apostolischen Constitutionen (lib. II. c. 25. 35. VII. c. 29. VIII. 30), den sog. apostolischen Canones (c. 4. 5 u. a.) und sonst als Christenpflicht bezeichnet, doch späterhin nicht dauernde Einrichtung geblieben. Im Occident dagegen empfehlen dieselben bereits Cyprian u. A., besonders Hieronymus[93]) und Augustin[94]). Im fränkischen Reiche enthält schon das zweite Concil von Tours von 567 die Mahnung: „Illud vero constantissime commonemus, ut Abrahae (Genesis XIV. 20) documenta sequentes, decimas ex omni facultate non pigeat Deo — offerre“[95]), das zweite Concil von Macon da-

---

excerpta a. 802 c. 56. Langob. a. 802 c. 6. 7. (l. c. 101. 104.), Capit. de presbyteris a. 809 c. 18 (l. c. 161.), Capit. Aquisgran. 817 per se scribenda c. 5. (l. c. 215.), Const. Olonen. 823 c. 15. (l. c. 255.), Capit. Aquisgran. 825. c. 23. (l. c. 246.), Wormat. 829 capit. gen. c. 5. 9. (l. c. 350. 351.), Conv. Sparnac. a. 846 c. 63. (l. c. 392.), Synod. Saesson. 853 c. 8. (l. c. 418.)

90) Brief an die Ebräer VII, 2.

91) Diese Auffassung ist nach Blaat's Commentar zu Ebräer VII, 5, Bd. 2, Th. 2, S. 333, 334 hier wiedergegeben, indem die controversen Punkte in dieser Materie wohl ausgeglichen zu sein scheinen. Specielleres findet sich bei den Archäologen und den Schriftstellern über das Mosaische Recht. M. s. deshalb Saalschütz, das Mosaische Recht mit Berücksichtigung des späteren Jüdischen Th. 1 (Berlin 1846) Cap. 41, S. 343 flg.

92) Vgl. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina Pars III. lib. 1. cap. 1—10. vgl. 12—15. Materialien über die Einführung und Fortbildung des Zehntrechtes.

93) C. 65. 67. 68. Cau. XVI. qu. I., vgl. seine Herleitung des Klerus von den Leviten in c. 5. Cau. XII. qu. I.

94) C. 66. Cau. XVI. qu. I. C. 8. Cau. XVI. qu. VII.

95) Epistola ad plebem missa bei Hardouin, coll. Concil. III. 368.

Digitized by Google

gegen 585 im can. 5 aber ſelbſt die Aufforderung unter Androhung des Kirchenbannes: „Leges divinae, consulentes sacerdotibus ac ministris ecclesiarum, pro hereditatis portione omni populo praeceperunt decimas fructuum suorum locis sacris praestare, ut nullo labore impediti, horis legitimis spiritualibus possint vacare ministeriis. Quas leges Christianorum congeries longis temporibus custodivit intemeratus; nunc autem paulatim praevaricatores legum paene Christiani omnes ostendantur, dum ea quae divinitus sancita sunt, adimplere negligunt. Unde statuimus . . . ut mos antiquus a fidelibus reparetur, et decimas ecclesiasticis famulantibus ceremoniis populus omnis inferat, quas sacerdotes aut in pauperum usum, aut in captivorum redemtionem praerogantes, suis orationibus pacem populo ac salutem impetrent; si quis autem contumare nostris statutis saluberrimis fuerit, a membris ecclesiae omni tempore reparetur“ [96]). Dazu kamen die Mahnungen in den Buß- und Beichtſpiegeln [97]), ſo daß von allen Seiten auf die Erfüllung dieſer Pflicht gedrungen wurde [98]). Dies hatte die Wirkung, daß die Fürſten theils die Kirche von den Zehntleiſtungen an den Staat befreiten, theils ihnen die demſelben gebührenden Zehnten beſonders übertrugen. So verordnete ſchon Chlothar im J. 560: „Agraria, pascuaria, vel decimas porcorum, ecclesiae pro fidei nostrae devotione concedimus, ita ut actor aut decimator in rebus ecclesiae nullus accedat . . .“ [99]). Sigebert III. ſchenkte der Kirche zu Speier um die Mitte des ſiebenten Jahrhunderts den Zehnten von Früchten, Wein, Honig, Thieren, welche die Krongüter zu fordern hatten und ähnliche Gaben kehren ſpäter häufiger wieder [100]). Dieſem Vorgange folgten auch Andere und ſo konnte die Geſetzgebung des Staates, ſich an die Einſchärfungen der Kirche und die beſtehende Uebung anlehnend, mit allgemeineren Anordnungen darüber hervortreten. Karl der Große befahl hiernach im J. 779: „Ut unus quisque suam decimam donet atque per iussionem episcopi dispensentur“ [101]), für die Sachſen im J. 785: „Secundum Dei mandatum praecipimus, ut omnes decimam partem substantiae et laboris suis ecclesiis et sacerdotibus donent,

---

96) Bruns, coll. Concil. II. 250. (Conc. Matiscon. II.) Vgl. Conc. Rottonag. c. a. 650 in c. 5. Cau. XVII. qu. I.

97) M. ſ. z. B. das Poenitentiale Theodori bei Du Fresne, Glossar. s. v. decimae in der Ausgabe von Waſſerſchleben S. 218 u. a., woraus ſich die Selbſtanklagen in den Beichtformularen wegen der nicht gebührlich geleiſteten Zehnten erklären. Vgl. Maßmann, die alten Abſchwörungsformeln S. 124, Nr. 22. S. 126, Nr. 24. S. 129, Nr. 26. S. 142, Nr. 35.

98) Mannichfache Motive wurden dafür aufgeſucht, die nicht immer ans alte Teſtament anlehnten. M. ſ. z. B. c. 16. dist. V. de consecr. (Gregor. I.?)

99) Pertz, Monum. Germaniae Vol. legum I. 3.

100) Siehe die Zeugniſſe bei Rettberg, Kirchengeſchichte Teutſchlands II, 713.

101) Capitulare h. a. c. 7., bei Pertz l. c. I. 36.

Digitized by Google

tam nobiles quam ingenui similiter et liti, iuxta quod Deus unicuique dederit christiano, partem Deo reddant“[102]) und allgemeiner im J. 794: „Ut decimas et nonas — omnes generaliter donent, qui debitores sunt ex beneficia et rebus ecclesiarum, secundum priorem capitulorum domui regis. Et omnis homo ex sua proprietate legitimam decimam ad ecclesiam conferat“[103]). Dieſe Beſtimmung wurde ſeitdem öfter erneuert und es konnte dies um ſo eher geſchehen, als Karl auch die Fiscalgüter von der Abgabe keineswegs befreite. In dem Capitulare de partibus Saxoniae von 785 cap. 16 findet ſich ſchon die Feſtſetzung: „Et hoc Christo propitio placuit, ut undecumque census aliquid ad fiscum pervenerit, sive in frido, sive in qualecumque banno, et in omni redibutione ad regem pertinente, decima pars ecclesiis et sacerdotibus reddatur“ und in dem Capitulare de villis imperialibus von 812 cap. 6: „Volumus, ut iudices nostri decimam ex omni conlaboratu pleniter donent ad ecclesias quae sunt in nostris fiscis“[104]). Freilich fehlte es nicht an Widerſtrebenden. Hatte doch Alcuin Karl den Großen auf die Schwierigkeiten aufmerkſam gemacht, welche die Einführung der Zehnten in Sachſen haben würde: „Nos vero in fide catholica nati educti et nutriti vix consentimus substantiam nostram pleniter decimari, quanto magis tenere fides“[105]). Dennoch wurde das Zehntgebot aufrecht erhalten und wie die Kirche drohte auch der Staat mit den härteſten Strafen gegen die Ungehorſamen. So Ludwig der Fromme in dem Capitulare von 817 c. 5 (ſ. Anm. 89): „De nonis et decimis. Consideratum est, ut de frugibus terrae et animalium nutrimine persolvantur —. Et qui nonas et decimas dare neglexerit, primum quidem illas cum lege sua restituat, et insuper bannum nostrum solvat, ut ita castigatus caveat, ne saepius iterando beneficium emittat.“

Seitdem iſt der Zehnte gewöhnlich bei der Chriſtianiſirung eines Landes einzuführen verſucht worden[106]), wenn ſchon dies nicht immer ſogleich glückte und daher nicht ſelten erſt viel ſpäter die Durchführung gelang[107]). Die Kirche aber hat unabläſſig den Anſpruch auf die Leiſtung des Zehnten als iure divino und iure naturali ihn gebührend in Anſpruch genommen und mit allen ihr zu Gebote ſtehenden Mitteln denen gegenüber, welche die Entrichtung zu verweigern ſuchten, behauptet. Dies auszuſprechen fand ſich freilich auch Anlaß genug, daher

---

102) Capitulare de partibus Saxoniae c. 17., bei Pertz l. c. I. 49.

103) Capitulare Francofort. c. 25., bei Pertz l. c. I. 73.

104) Pertz l. c. I. 49. 181.

105) Bouquet, scriptores V. 612. Roth a. a. O. S. 365.

106) So in Polen (vgl. Jos. de Lipski, de iure decimarum ecclesiasticarum in Polonia animadversiones historicae. (Vratislav. 1852.) §. 1.), in Preußen (ſ. Voigt, Geſchichte Preußens II, 630. VI, 742) u. a. m.

107) In Portugal erſt am Ende des 11. Jahrh. (Schäfer, Geſch. von Portugal I, 167), in Schweden ſeit dem Anfange des 13. Jahrh. (Geijer, ſchwediſche Geſchichte I, 282). Andere Beiſpiele bei Sugenheim, Staatsleben des Clerus im Mittelalter Bd. 1 (Berlin 1839) S. 32 flg.

Digitized by Google

die Päbste[108]), wie Synoden[109]), gegen die Verletzer von Zeit zu Zeit zeitliche und ewige Strafen drohen mußten. Selbst das tridentinische Concil konnte nicht umhin, darüber in der Sessio XXV. cap. 12 de reformatione folgende Erklärung abzugeben: „Non sunt ferendi qui variis artibus decimas ecclesiis obvenientes subtrahere moliuntur, aut qui ab aliis solvendis temere occupant et in rem suam vertunt, quum decimarum solutio debita sit Deo, et qui eas dare noluerint, aut dantes impediunt, res alienas invadunt. Praecipit igitur sancta synodus omnibus, cuiuscunque gradus et conditionis sint, ad quos decimarum solutio spectat, ut eas, ad quas de iure tenentur, in posterum cathedrali aut quibuscunque aliis ecclesiis vel personis, quibus legitime debentur, integre persolvant. Qui vero eas aut subtrahunt aut impediunt, excommunicentur, nec ab hoc crimine nisi plena restitutione secuta absolvantur. Hortatur dehinc omnes et singulos pro christiana caritate debitoque erga pastores suos munere, ut de bonis sibi a Deo collatis episcopis et parochis, qui tenuioribus praesunt ecclesiis, large subvenire ad Dei laudem atque ad pastorum suorum, qui pro eis invigilant, dignitatem tuendam non graventur.“

Durch die Reformation des sechszehnten Jahrhunderts ist die Rechtmäßigkeit des Zehnten an sich nicht in Frage gestellt worden, ja Luther erklärt diese Abgabe für die zweckmäßigste und will sie an die Stelle der übrigen Zinsen, Steuern u. s. w. gesetzt wissen. So äußert er unter andern: „Mit dem Zehentengeben, das ist ein recht fein Gebot. Denn mit dem Zehentengeben würden aufgehoben alle anderen Zinsen, und wäre auch dem gemeinen Mann leidlicher zu geben den Zehenten, denn Rente und Gült. Als wenn ich zehen Kühe hätte, gäbe ich eine; hätte ich fünf, gäbe ich Nichts: wenn nur wenig auf dem Felde wüchse, gäbe ich wenig; wenn nur viel wüchse, gäbe ich viel: das stände in Gottes Gewalt...“ — „Darum ist der Zehente der allerfeinste Zins, und von Anbeginn der Welt in Uebung gewest, und im alten Gesetz gepreiset und bestätiget, als der nach göttlichem und natürlichem Recht der allerbilligste ist. Darnach hin, wo der Zehente nicht reichen wollte, noch genug wäre, könnte man den Neunten nehmen und verkaufen, oder setzen und stiften, darnach sein Land oder Haus vermöchte. Denn Joseph setzte oder fands also von Alters her gesetzt und gebraucht in Aegypten, den Fünften zu nehmen (I. Mos. 41, 34. 47, 24. 26.)...“[110]). Der Gedanke, daß der Zehente den kirchlichen Bedürfnissen zu dienen bestimmt sei, lag aber Luther und Melanchton eigentlich fern. Sie wiesen ihn der Obrigkeit zu, wogegen selbst die aufständischen Bauern

108) Alexander III., Cölestin III., Innocenz III. u. a. im cap. 14. 23. 26. X. de decimis (III. 30.). Vgl. c. 1. Can. 13. qu. 1.

109) Hartzheim et Schannat, Concilia Germaniae und zwar die Uebersicht in dem Tom. XI. (von Hesselmann) s. v. decimae.

110) Luther's Werke von Walch Bd. III, 9. X, 1006, vgl. XVII, 46, 85 u. a. m.

Digitized by Google

die Zehnten zur Erhaltung der Pfarrer verwendet wissen wollten und nur, wo Etwas übrig bliebe, zu öffentlichen Ausgaben[111]). Luther's Gedanken selbst kamen indessen nicht zur Ausführung, die Zehnten wurden zwar hier und da seltener, im allgemeinen aber doch erhalten und gehörig geregelt; indessen gestalteten sie sich particularrechtlich sehr verschieden.

In späterer Zeit wuchs die Abneigung gegen Zehnten, wie gegen feudale Abgaben überhaupt und in Frankreich erfolgte die unentgeltliche Aufhebung derselben durch Artikel 5 der Decrete der Nationalversammlung vom 4. August — 3. November 1789: „Les dîmes de tout nature.... possédées par les corps séculiers et réguliers, par les bénéficiers, les fabriques et tout gens de main-morte... sont abolies.."[112]). In Teutschland ist dagegen theilweise die Ablösung der Zehnten für zulässig erklärt und auch mehrfach erfolgt, worüber weiterhin die näheren Mittheilungen folgen sollen. Vor der Auseinandersetzung der rechtlichen Grundsätze über die Zehnten möge eine kurze Nachweisung der Quellen und Literatur vorangehen.

Außer verschiedenen, gelegentlich anzuführenden Stellen aus dem Decret Gratian's und Causa XVI. Quaestio VII. kommt hier vor allem in Betracht der Titel: de decimis, primitiis et oblationibus in den Decretalen Gregor's IX. lib. III. 30.; im liber sextus III. 13.; Clementin. III. 8.; Extravag. communes III. 7. Demnächst eine große Anzahl von Zehntordnungen und einzelnen Zehntgesetzen, welche sich in den Sammlungen der für die verschiedenen teutschen Territorien ergangenen Gesetze finden. Einige derselben sind zusammengestellt im Anhange von Christoph Heinrich Schwesers kluger Zehendbeamte.... Nach dem Iure Canonico, den teutschen Stadt- und Landrechten, wie auch den Zehend-Ordnungen und Gewohnheiten... durch beygefügte Observationes, Casus und Decisiones erläutert... vermehrt von Joh. Georg Scopp. Nürnberg 1768. 4.

Zu den bemerkenswertheren Zehntordnungen gehören die von Lüneburg 1685, 1692; Calenberg 1709; Bremen 1743; Waldeck 1748; Nassau 1771 u. a. (vergl. Mittermaier teutsches Privatrecht §. 182. Anm. 15. Eichhorn teutsches Privatrecht §. 252. Anm. n.). Für Bayern der 1753 erlassene Codex Maximilianeus civilis Theil II. Kap. X. (verb. v. Kreittmayr Anmerkungen über den Codex Th. II. München 1761. S. 1531—1584.), sowie die bei Arnold Beiträge zum teutschen Privatrecht in Band II. (Ansbach 1842) mitgetheilten Particularrechte (vergl. die Uebersicht S. 776. 777.). Für Preußen das Allgemeine Landrecht Theil II. Titel XI. §. 857—936 und die vielen für die ein-

111) S. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte IV, §. 485, N. 5, S. 56. Mittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechtes Abth. I, §. 182, N. 12.

112) S. die Specialia bei Herman's Handbuch der gesammten Staatsgesetzgebung über den christlichen Kultus ... am linken Rheinufer (Aachen und Leipzig 1833 flg.) Bd. I, S. 4 flg., 157 flg.

Digitized by Google

zelnen Provinzen ergangenen besonderen Ordnungen (m. s. deshalb den Artikel Preußen), nebst den ergänzenden Gesetzen (vergl. P. J. Vogt Kirchen- und Eherecht der Katholiken u. Evangelischen in den Preußischen Staaten. Breslau 1857. Theil I. S. 583 flg.). Neuere Gesetze für Oesterreich und andere Länder finden sich auch bei Andreas Müller im Lexikon des Kirchenrechts, Theil V. unter dem Worte: Zehnt.

Nachweisungen der älteren, wie neueren sehr reichen Literatur giebt Lipenius in der Bibliotheca iuridica, insbesondre auch in den Supplementen unter dem Worte: decimae, zugleich unter Anführung der in Zeitschriften befindlichen Abhandlungen; desgleichen der bereits citirte Mittermaier; wie auch Gengler im Lehrbuch des teutschen Privatrechts §. 79.

Reichhaltiges Material bieten vornämlich der schon oben erwähnte Schweser, dessen Werk ursprünglich unter dem Titel: Aurea praxis iuris decimandi von Christian Hilberic. Syring: in mehreren Ausgaben erschien. Ferner die Commentatoren zu den Decretalen lib. III. tit. 30. (dazu auch J. H. Boehmer im ius ecclesiasticum Protestantium); Ferraris in der Bibliotheca canonica s. v. decimae; Barthel de decimis, in den: Opuscula iuridica varii argumenti, Tom. II. (Bamberg 1756. 4.) nro. VII. pag. 707 sq.; Schnaubert Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts. Dritte Auflage. Braunschweig 1799. 4. S. 202 flg.; Wiese Handbuch des Kirchenrechts Band II. S. 769 flg. (§. 314—323.); Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 257—267.; v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Zweite Auflage. Band II. S. 385 flg.

Die vielen in neuester Zeit erschienenen Schriften beziehen sich fast ohne Ausnahme auf die Frage, nach welchen Grundsätzen die Aufhebung, Ablösung und Umwandlung der Zehnten bewirkt werden könne (s. darüber unten). Dagegen ist die ganze Materie mehr oder weniger ausführlich in allen Lehr- und Handbüchern über teutsches Privat- und Kirchenrecht behandelt, sowie in den besonderen Darstellungen des Particular-Kirchenrechtes. M. s. vornämlich v. Weber systematische Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechts, Theil II. Abtheil. 2. (der ersten Ausgabe) S. 608 flg. verb. mit Abth. II. S. 418 flg. der zweiten Ausg. und Haubold Sächsischem Privatrecht §. 486. Schlegel Churhannöversches Kirchenrecht Theil IV. S. 217 flg. V. S. 374 flg.

Von anderen monographischen Arbeiten wird gelegentlich weiterhin Gebrauch gemacht werden. Hier verdient noch eine besondere Hervorhebung: Teutsch das Zehntrecht der evangelischen Landeskirche Augsburg. Bekenntnisses in Siebenbürgen. Schäßburg 1858.

Die Rechtsgrundsätze über Zehnten

gestalten sich verschieden nach der besonderen Art der Zehnten. Es muß daher ausgegangen werden von den

Digitized by Google

Eintheilungen der Zehnten.

Ihrem Ursprunge und Wesen nach sind die Zehnten weltliche oder kirchliche (decimae seculares — ecclesiasticae). Jene sind für bürgerliche Zwecke aus der Staatsgemeinschaft hervorgegangen, diese sind für die Kirche gestiftet, wobei es an sich keinen Unterschied macht, ob der Staat oder die Kirche selbst diese Zehnten begründet hat. Als weltliche Zehnten werden schon früh genannt decimae salicae, dominicales, indominicatae, regales, fiscalinae, welche von verliehenen Hofgütern u. s. w. entrichtet wurden [113]) und auch späterhin kommen weltliche Zehnten vor, welche dem Staate oder weltlichen Personen nach Gesetz, Vertrag, Herkommen zustehen, für jenen als Steuern, für diese als Zinsen u. s. w. Mit dieser Unterscheidung fällt nicht zusammen die Eintheilung in Laien- und Klerikalzehnten (decimae laicales — clericales) mit Rücksicht auf den Zehntinhaber: denn weltliche Personen können auch solche Zehnten besitzen, welche ihrem Ursprunge nach kirchlich sind und Kleriker können ebenso in den Besitz weltlicher Zehnten gekommen sein. Diese Besitzveränderungen sind aber nicht ohne Bedeutung für bestimmte Rechtsverhältnisse und bedürfen deshalb einer genaueren Auseinandersetzung.

Das Kirchengut mit den darauf haftenden Zehnten ist im Laufe der Zeit häufig in andere Hände übergegangen, bald durch Gewalt, bald durch freiwillige Hingabe der Kirche selbst. Patrone, Vögte, Dienstleute der Kirche erwarben die Zehnten derselben und entfremdeten sie damit dem Zwecke, für welchen sie gestiftet waren [114]). Schon in der Zeit Karls des Großen mußten deshalb wiederholt Verbote erlassen werden [115]), welche jedoch nicht genügten. Man fing daher an, den Grundsatz aufzustellen, daß kein Laie überhaupt Zehnten besitzen dürfe und der Erwerb von Zehnten durch Laien Simonie sei. Es ergingen darüber mehrere Synodalschlüsse [116]) und besonders strenge Verbote durch Gregor VII. im Jahr 1078 und öfter: „Decimas, quas in usum pietatis concessas esse canonica auctoritas demonstrat, a laicis possideri apostolica auctoritate prohibemus. Sive enim ab episcopis, vel regibus, vel quibuslibet personis eas acceperint, nisi ecclesiae reddiderint, sciant, se sacrilegii crimen committere et aeternae damnationis periculum incurrere“ [117]). Obgleich auch die späteren Päbste dies wieder-

113) S. Zeugnisse bei Dürr, de parocho a perceptione decimarum novalium in Germania excluso (Mogunt. 1764.) in Schmidt, thesaurus iuris ecclesiastici Tom. VII. nr. I. pag. 21. Io. Rud. Will, diss. de differentia decimarum ecclesiasticarum et saecularium praecipue quoad onus reparandi ecclesias, bei Schmidt l. c. nr. XIII. pag. 437 sq.

114) S. I. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. 30. §. 20 sq.

115) S. Correct. Rom. zu c. 3. Cau. 1. qu. 1.

116) S. Thomassin l. c. cap. 11.

117) C. 1. Cau. 16. qu. 7. verb. c. 3. Cau. 1. qu. 1. c. 13. Cau. I. qu. 3.

Digitized by Google

holten [118]), so hatte es doch wenig Erfolg. Vorzüglich ließ Alexander III. nichts unversucht, um Abhilfe zu schaffen, indem er jede Verjährung für wirkungslos erklärte, über Geistliche, welche Zehnten Laien übergäben, Suspension aussprach und Laien, welche sie veräußerten und nicht der Kirche zurückgäben, das kirchliche Begräbniß versagte. „Prohibemus etiam, ne laici decimas cum animarum suarum periculo detinentes in alios laicos possint aliquo modo transferre. Si quis vero receperit et ecclesiae non tradiderit, christiana sepultura privetur" (Lateranconcil von 1179) [119]). Urban III. wandte sich, diesem Beschlusse entsprechend, an den Kaiser Friedrich I., mit der Bitte, den Laien den ferneren Besitz der Zehnten zu verbieten. Auf dem Reichstage zu Gelnhausen 1186 sprach aber der Kaiser selbst sich dahin aus, es könne dem Verlangen nicht nachgegeben werden: „Scimus autem decimas — a Deo sacerdotibus et levitis primitus deputatas. Sed cum tempore Christianitatis ab adversariis investarentur ecclesiae, easdem decimas praepotentes et nobiles viri ab ecclesiis in beneficio stabili acceperunt, ut ipsi defensores ecclesiarum fierent" [120]). Indem hiernach der Schluß des Lateranconcils nicht vollzogen werden konnte, sah sich die Kirche genöthigt, demselben eine mildere Deutung unterzulegen, nämlich dahin, daß die bereits von 1179 von Laien erworbenen Zehnten als rechtmäßig acquirirt auch ferner in den Händen der Besitzer bleiben dürften, für die Zukunft aber keine weiteren Uebertragungen statthaft sein sollten. In diesem Sinne sprach sich eigentlich schon Innocenz III. im cap. 25. X. de decimis (III. 30.) und cap. 7. X. de his, quae fiant a praelato (III. 10.) im J. 1198 und Alexander IV. im cap. 2. §. 3. de decimis in VI. (III. 13.) aus [121]). Selbst dies wurde jedoch nicht immer festgehalten und der Unterschied zwischen kirchlichen und weltlichen Zehnten im allgemeinen nur darnach bemessen, ob der Inhaber die Kirche oder ein Laie war. Dennoch ist die frühere Unterscheidung nicht ohne Einfluß geblieben, indem gewisse den ursprünglich kirchlichen Zehnten auferlegte Verpflichtungen auch auf solchen Zehnten ruhen, welche sich zwar in weltlichem Besitze befinden, erweislich aber von der Kirche in Laienhand übergegangen sind [122]). Dies gilt namentlich von den Beiträgen zum Kirchenbau, zur Erhaltung der Armen, der Unter-

---

118) Paschalis II. im J. 1100 in c. 14. Can. 1. qu. 3. — Concil. Latran. I. a. 1123. II. a. 1139 u. a.

119) S. c. 7. X. de praescriptionibus (II. 26.). C. 17. 19. X. de decimis (III. 30.).

120) Arnold Lubec, Chronic. Slavorum lib. III. cap. 18., bei Leibnitz, scriptores rerum Brunsvicens. II. 668. 669.

121) Vgl. besonders die Glosse zum cap. 2. §. 3. cit.

122) Ueber die Frage, ob präsumtive die in Laienhand befindlichen Zehnten für kirchlich oder weltlich zu halten seien, sind die Schriftsteller nicht einig. Vgl. Gründler, Polemik des germ. Rechtes Bd. 1 (Merseburg 1832) S. 307. Verb. Warnkönig, franz. Staats- und Rechtsgeschichte II, 399.

Digitized by Google

haltung des Zuchtstiers u. a. m.[123]). Das preußische allgemeine Landrecht Theil II. Tit. XI. §. 862. 863. bestimmt: Wenn ein Laie den durch Verjährung geschehenen Erwerb eines ursprünglichen Pfarr- oder Kirchenzehnten gegen den Pfarrer oder die Kirche behaupten will; so müssen alle Erfordernisse der Kirchenverjährung vorhanden sein (d. h. eine 44jährige Präscription). Zwischen Laien, die über den Besitz eines ursprünglichen Kirchen- oder Pfarrzehnten unter einander streiten, ist die gewöhnliche Verjährung zur Entscheidung hinreichend.

Sowohl der kirchliche als weltliche Zehnte ist persönlicher oder dinglicher (decimae personales — reales), je nachdem er von eigener Arbeit, dem Betriebe eines Gewerbes und sonstigem persönlichem Erwerbe geleistet wird oder eine Abgabe von anderen Früchten ist. Davon wollen Manche noch einen gemischten Zehnten (decimae mixtae) unterscheiden, nämlich von solchen Nutzungen, die noch besondere persönliche Wartung und Fleiß erfordern. Mit Recht ist aber diese Auffassung verworfen, weil auch bei den unbestritten dinglichen Zehnten es der Arbeit bedarf[124]). Der persönlichen Zehnten wird im Ganzen seltener gedacht. In einem dem Augustin beigelegten Ausspruche in cap. 66. Causa XVI. qu. I. heißt es: „De militia, de negotio, de artificio redde decimas." Karl der Große verpflichtete die Sachsen zur Entrichtung derselben: „Secundum Dei mandatum praecipimus, ut omnes decimam partem substantiae et laboris suis ecclesiis et sacerdotibus donent, tam nobiles, quam ingenii, similiter et liti"[125]), bestimmt im Capitulare Aquisgranense von 801 cap. 22. „ut de omni conlaboratu et de vino.... ab omnibus nona et decima persolvatur"[125a]), und die Päbste verordneten, daß die persönlichen Zehnten den eigenen Pfarrern entrichtet würden[126]). Mit Rücksicht auf 5 Mosis 23, 18. (Du sollst kein Hurenlohn, noch Hundegeld in das Haus Gottes bringen) wurde angenommen, daß nur von anständigem Verdienst der persönliche Zehnte gezahlt würde[126a]). Derselbe ist aber überhaupt niemals allgemein üblich geworden und nur nach der Observanz geliefert. Daß er in Bayern nicht mehr im Gebrauche sei, erinnert schon Kreittmayr und das allgemeine preußische Landrecht Th. II, Tit. 11,

123) Mittermaier, teutsches Privatr. §. 466, N. 16. §. 447, N. 7. Eichhorn, Kirchenrecht II, S. 809, N. 36. Walter, teutsches Privatrecht S. 603, Nr. V. Vgl. den Note 113 cit. Will und die speciellere Ausführung weiter unten.

124) Ferraris, bibliotheca canonica s. v. decimae art. I. nr. 9. Barbosa, de decimis cit. sect. I. §. 1. v. Kreittmayr, Anmerkungen zum Codex Maximil. cit. S. 1535.

125) Capitulare Paderbrunnense a. 785 cap. 17. bei Pertz, Monum. Legum I. 49.

125a) L. c. I. 88.

126) Lucius III. in cap. 20. X. de decimis; Cölestin III. in cap. 22. eod. (— de negotiatione, de ipsa etiam militia et de venatione); Innocenz III in cap. 28. eod. (— de molendinis et piscariis —).

126a) Vgl. Ferraris l. c. art. III. nr. 4—7.

Digitized by Google

§. 921. verordnet: „Ein Personalzehnt von dem, was durch bloßen menschlichen Fleiß erworben worden, soll nirgend weder gefordert, noch gegeben werden." Das ostpreußische Provinzialrecht von 1801—1802 Zusatz 213 disponirt indessen: „Der von den Eingepfarrten zu entrichtende Personalzehnte gehört zum Kirchenvermögen. Die vom Pfarrzwange ausgenommenen Personen, die invaliden Soldaten, diejenigen, welche noch nicht eingesegnet sind, oder das sechszehnte Lebensjahr noch nicht angefangen, oder das sechszigste schon erreicht haben; ferner diejenigen, welche wegen körperlicher Gebrechen zur Arbeit untüchtig sind und kein eigenes Vermögen besitzen, sind von Personalzehnten . . befreiet [127])." Uebrigens ist dieser sogenannte Personalzehnte nie ein förmlicher Zehnte, sondern besteht nur in einer, zum Theil ganz geringen Abgabe, meist von wenigen Groschen. In den alten städtischen Kirchenrechnungen kommt er auch gewöhnlich unter dem Namen Jahrgroschen vor, obgleich darunter bisweilen auch dingliche Abgaben verstanden werden, ohne Zweifel wohl aus den persönlichen in solche übergegangen [128]).

Die Realzehnten sind entweder Feld-, Garben-, Fruchtzehnten (decimae praediales) oder lebendige-, Fleisch-, Vieh-, Blutzehnten (decimae animalium). Ueber die Gegenstände dieser Zehnten läßt sich erst durch Berücksichtigung der Eintheilung in große und kleine Zehnten (decimae maiores — minores, minutae) genauere Bestimmung treffen. Zu den großen Fruchtzehnten gehören die von den sogenannten groben Feldfrüchten, Hafer, Roggen, Gerste, Weizen [129]) und in Weingegenden der Wein [130]). Das allgemeine preußische Landrecht bestimmt Th. II. Tit. 11, §. 876, daß der Großzehnte von allen Erzeugnissen der zehntpflichtigen Aecker und Wiesen, welche der Halm trägt, entrichtet werden. Hiernach würde sich die Ausdehnung auf Hirse, ja selbst auf Mais wohl rechtfertigen lassen [131]). Aber auch andere Früchte, die ursprünglich nicht Gegenstand der großen Zehnten bildeten, sind in Folge der Ausdehnung ihres Baues und des großen dadurch erzielten Werthes hie und da mit dahin gezählt worden, wie Kartoffeln [132]), Rübsaamen [133]). Zu den großen

127) Die Bestimmung des Provinzialrechtes: „den Personalzehnten kann die Kirche ... nur da, wo es besonders hergebracht, oder sonst festgestellt ist, von fremden Religionsverwandten fordern" ist durch das Gesetz vom 9. Mai 1854 aufgehoben.

128) Zeiche, Erläuterungen und Ergänzungen des ostpreußischen Provinzialrechtes (Königsberg 1844) S. 99. Verb. Boltz, diss. de consistorio III. (Regimont. 1705. 4.) §. 53. pag. 141. 142.

129) So schon im Mittelalter s. Haltaus, Glossar. pag. 93.

130) S. badisches Landrecht §. 710 c. f.

131) Siehe F. W. Weber, das Buch des Landmanns (Mülheim a. d. Ruhr 3. Aufl. 1860) S. 117 flg.

132) S. Hohnhorst, Jahrbücher des badischen Oberhofgerichtes Bd. 1 (Mannheim 1824 4.) S. 276.

133) Hohnhorst a. a. O. Bd. 2 (Mannheim 1825 4.) S. 281, 282.

Digitized by Google

Blutzehnten werden nach der Observanz alle Thiere gezogen, welche zur Haus- oder Feldwirthschaft gehören, mit Ausnahme des Federviehs[134]), während Manche den Blutzehnten überhaupt bald zum großen, bald zum kleinen Zehnten rechnen wollen[135]). Als kleine Zehnten, decimae minutae werden von Alexander III. nutrimenta animalium und fructus hortorum genannt[136]). Gleichbedeutend mit dem Ausdruck: kleine Zehnten: ist auch die Bezeichnung Schmalzehnte. An sich kann dieselbe sowohl von Frucht-, als Viehzehnten gebraucht werden. So erklärt Adelung[137]): Der Schmalzehnte d. i. der kleine Zehnte von dem Schmalvieh, den Schafen, Lämmern, Füllen, Kälbern, Gänsen, Hühnern, Bienen; im Gegensatze des größeren Getreidezehnten[138]). Jacob Grimm[139]) äußert dagegen: „Unter Schmalzehnten, im Gegensatz zum Kornzehnten, wird der von der Schmalsaat (legumen) erhobene verstanden", und v. Kreittmayr[140]): „die sogenannte Schmall- oder Aber-Saat, das ist jene Frucht, welche erst über die größere Feldfrucht nachgebaut wird, z. E. Kraut, Rüben, Flachs, Hanf... und andere dergleichen geringere Feldfrüchte.... wohingegen Erbsen, Bohnen, Linsen zum großen Zehend gerechnet werden, weil man sie mit unter anderem Sommer- und Wintergetreid auf dem Feld zu bauen pflegt u. s. w." Es kann daher überhaupt nur nach der Observanz und Localrecht entschieden werden. Das preußische Landrecht Theil II. Tit. 11, §. 910. schreibt vor: „Wo der Kleinzehnte ausdrücklich eingeführt ist, muß derselbe in der Regel von allen Garten- und Baumfrüchten, ohne Unterschied, ob sie im Garten oder auf dem Felde gebaut werden, entrichtet werden." Hiervon bestehen aber öfter Ausnahmen, indem zur Beförderung der Kultur der Gartengewächse eine Befreiung derselben von der Zehntpflicht eintritt. Es ist dieses das sogenannte Gartenrecht, nach welchem entweder volle Freiheit eintritt, oder statt des Zehnten ein Zins entrichtet wird oder ein Huhn zu liefern ist (Gartenhuhn, Zehnthuhn, auch Rauchhuhn, bald mit Rücksicht auf den

---

v. Ammon, über die Frage: ob der Raps dem großen Zehnten beizuzählen sei? in v. Zu-Rhein, Zeitschr. für Theorie und Praxis des bayer. Rechtes Bd. 1, Nr. 17.

134) Schweser, kluger Zehendbeamte Cap. 2, §. 4.

135) v. Kreittmayr a. a. O. S. 1537. S. den Note 137, 138 citirten Adelung.

136) C. 8. X. de transactionibus (I. 36.)

137) Wörterbuch der hochteutschen Mundart unter dem Worte: Schmalzehnte.

138) Hiernach wäre der Blutzehnte überhaupt Schmalzehnte (s. Note 135). So betrachtet ihn auch das französische Recht schon zeitig (Warnkönig, franz. Rechtsgesch. I, 255, N. 10). So erklärt sich auch der Irrthum, den Blutzehnten als Schmalzzehnten (d. i. Fettzehnten) statt Schmalzehnten bezeichnen zu wollen, wie bei Hillebrand, Lehrbuch des teutschen Privatr. S. 476, N. 19.

139) Rechtsalterth. S. 392 a. E., 393. Vgl. Mittermaier, teutsches Privatrecht §. 185, N. 17.

140) A. a. O. S. 1536 und das. cit. Literatur.

Digitized by Google

Rauchfang des zum Garten gehörigen Hauses (gallina fumosa), bald um auszudrücken, daß es schon befiedert (rauhes Huhn, gallina plumosa) sein solle[141]). Wegen der größeren Arbeit pflegt auch beim Hopfenbau statt des Zehnten nur ein Zins entrichtet zu werden[142]). Auch Wald und Wiese ist in der Regel nicht dem Zehntrecht unterworfen, daher wegen des Forstrechtes Befreiung des Holzes und Heu's[143]). Der Bergwerkszehnte ist meistens nicht im Gebrauche geblieben[144]). Zum kleinen Zehnten gehört auch der von Maysaamen (Mohn)[145]), sowie von Bienen (Immenzehnte), welcher im zehnten Korbe besteht[146]).

Je nachdem die Zehnten von den Früchten selbst entrichtet werden oder statt derselben ein Aequivalent gegeben wird, unterscheidet man Natural- oder Zugzehnten (decimae naturales) und Sackzehnten (decimae saccariae, impropriae)[147]). Der Naturalzehnte (auch Mandel-, Garbenzehnte) wird auf dem Acker selbst als zehnte Mandel oder Garbe geliefert, der Sackzehnte (auch Scheffel-, Dorfzehnte) wird von dem ausgedroschenen Getreide, welches sich in Säcken befindet, gegeben oder auch in einem anderen Surrogat. Das preußische Landrecht a. a. O. §. 922 definirt: „Wenn der Zehnte auf gewisse Quantitäten oder Maaße von gedroschenem Getreide oder gewonnenen Früchten bestimmt ist, so heißt derselbe ein Sackzehnte" und unterscheidet §. 935 den Geldzehnten, wenn statt des Naturalzehnten eine beständig gleichförmige Abgabe in Gelde durch rechtsverjährte Zeit angenommen ist. Hierher gehört auch der sogenannte Uchtpennig, d. h. das Geld (Pfennig), welches als Vergeltung für den lebendigen, geborenen Zehnten, d. i. für den Blutzehnten entrichtet wird[148]). Bestritten ist die Frage, unter welchen Bedingungen der Natural- in einen Sackzehnten verwandelt werde[149]), ob die ordentliche Verjährungszeit genüge oder es der unordentlichen Präscription bedürfe. Die richtigen Grundsätze sind im preußischen Landrechte a. a. O.

---

141) Vgl. Schlemm in v. Ledebur, allgem. Archiv für die Geschichtskunde des preußischen Staates Bd. 10 (Berlin 1833) Heft 3, S. 193 flg. — J. J. Scholz III., Zeitschrift für Landwirthschaftsrecht Bd. 1, Heft 1. Braunschweig 1837. Das Gartenrecht —. Vgl. das Becheler Weisthum bei Grimm, Weisthümer I, §. 598.

142) Schlemm a. a. O. S. 198.

143) S. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1535. Eichhorn, Kirchenrecht II, S. 817, N. 7.

144) v. Kreittmayr a. a. O. Schweser a. a. O. Cap. 2, §. 9, S. 14 flg.

145) Hohnhorst, Jahrb. Bd. 4 (Mannheim 1828 4.) S. 224—226.

146) Vgl. die oben cit. Stelle der Lex Baiuwar. I. 14. 3. Sächs. Landrecht B. 2, Art. 48, §. 11. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit Bd. 2, Nr. 7, S. 101. Bd. 7, Nr. 123.

147) S. Literatur bei Mittermaier a. a. O. §. 183, N. 20.

148) Vgl. Adelung unter dem Worte „Ucht" und Mittermaier a. a. O. Note 21.

149) Die reichhaltige Literatur s. m. bei Gründler, Polemik I, 313 flg.

Digitized by Google

§. 923. 924. 935. bestätigt. „Wenn erhellt, daß der Berechtigte einen Naturalzehnten zu fordern habe, so hat derselbe sein Recht, diesen Zehnten in Natur zu ziehen, nicht verloren, wenn er gleich seit länger als rechtsverjährter Zeit selbigen in gedroschenen Körnern angenommen hätte." Es wird hiernach also eine unordentliche Verjährung verlangt; d. h.: „Hat aber der Berechtigte sein Recht zum Zugzehnten ausüben wollen, der Verpflichtete demselben widersprochen, und ersterer seit diesem Widerspruche, durch rechtsverjährte Zeit, den Zehenten in gedroschenem Getreide angenommen; so ist eine Verwandelung des Zug- in einen Sackzehnten durch Verjährung erfolgt." Dasselbe gilt von der Verwandelung in Geldzehnten.

Die Zehnten sind entweder alte oder neue (decimae veteres oder novales)[150]. Ein neuer Zehnte im eigentlichen Sinne ist vorhanden, wenn derselbe von einem bisher noch niemals bebauten und nun erst urbar gemachten Lande (Rottland, Neubruch) geleistet wird. Es erklärt Innocenz III. darüber cap. 21. X. de verborum significat. (V. 40.), nachdem er die verschiedene Auffassung des Begriffes novale dargestellt: „.... eam credimus praedecessorum nostrorum intentionem fuisse, quum piis locis indulgentiam de novalibus concesserunt, ut novale intellexerint agrum, de novo ad cultum redactum, de quo non exstat memoria, quod aliquando cultus fuisset" und damit stimmt auch sowohl die bereits in der Interlineargloſſe zu Hoseas X, 22. gegebene Deutung: novale est ager nunc primum praecisus: (cap. 1. X. de verb. signif.), als die alte teutsche Auffassung zusammen, wie wenn ein Wald niedergebrannt und ausgereutet wird. Von solchem Neubruch ist daher der Aufbruch zu unterscheiden, wenn ein Stück Land, das früher bereits bebaut war, längere Zeit uncultivirt gelassen und wieder benutzt wird. Was zunächst diesen letzteren Fall betrifft, so muß angenommen werden, daß während der Zwischenzeit das Recht des Zehntinhabers geruht habe und bei der Erneuerung der Cultur wieder auflebe[150a]. Beim eigentlichen Neubruch hatte früher nach kanonischen Grundsätzen der Pfarrer innerhalb seiner Parochie, wo ihm die Zehnten zustanden, auch Anspruch auf die Novalien[151], insoweit nicht vermöge besonderer Rechtstitel einem Anderen der Zehnte gebührte oder der District zehntfrei war. Dies muß, soweit nicht durch Gesetzgebung oder Observanz Aenderungen eingetreten sind, als gemeines Recht angesehen werden, wenigstens für die römisch-katholische Kirche,

---

150) Vgl. Jac. Grimm, Rechtsalterthümer S. 524, 525. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1550 flg. Mittermaier a. a. O. §. 188 nebst den daselbst angeführten Schriften. Gründler a. a. O. I, 317 flg. v. Holzschuher a. a. O. II, 391 flg.

150a) Vgl. cap. 4. X. de decimis.

151) S. c. 13. 27. 29. X. de decimis. Urkunden von 1218, 1282 u. a. bei Grimm a. a. O. — S. auch c. 30. X. h. t. C. 2. de restitutione spoliatorum in VI. (II. 5.).

Digitized by Google

während für die evangelische häufig die Freiheit vom Rottzehnten sich festgestellt hatte [152]). Wo aber der Pfarrer ein allgemeines Zehntrecht in seiner Parochie besitzt, kann ihm auch der Neubruch nicht entzogen werden, wenn nicht besondere Abweichungen hergebracht sind. Dieser Gegenstand ist früher Anlaß zu mannichfachen Controversen und zu verschiedener Praxis gewesen [153]). Es ist mehrfach, besonders von Dürr (s. Anm. 153. cit.) die Behauptung aufgestellt, daß der Rottzehnte nicht den Parochialkirchen, sondern dem Bischofe nach gemeinem Recht zustehe; indessen beruht diese Ansicht auf einer Verwechselung des früheren allgemeinen Verwaltungsrechtes aller kirchlichen Einkünfte Seitens des Bischofs mit späteren Einrichtungen und auf einer Ausdehnung des bischöflichen Rechtes an den Zehnten, welche von nicht besonders eingepfarrten Districten an den Bischof zu entrichten sind, auf alle übrigen. Nach einer anderen Meinung sollten die Rottzehnten als Regal den Landesherren zustehen, weil denselben das Eigenthum der wüsten Plätze im Lande gehöre. Es fehlt indessen an einer rechten Begründung dieser Behauptung und am allerwenigsten kann sie auf solche wüste Plätze angewendet werden, welche sich im Eigenthum von Gemeinden oder Privaten befinden [154]). In einzelnen Ländern ist aber wirklich den Fürsten ein solches Recht beigelegt worden [155]). Wo dies nicht der Fall ist, kann insbesondre dem evangelischen Landesherrn nicht etwa wegen des ihm gebührenden ius episcopale ein solcher Anspruch begründet werden [156]). Auch auf den westphälischen Frieden (Instrum. Pacis Osnabr. art. V. §. 47.) läßt sich dasselbe nicht zurückführen. Wenn es darin heißt: „Inter caeteros status imperii et subditos id iuris esto, quod ius commune, vel cuiusque loci consuetudo et observantia de decimis ex novalibus constituunt, aut per pactiones voluntarias conventum est", so kann unter dem ius commune hier nicht ein gemeines Landesstaatsrecht verstanden werden [157]), dessen Existenz eben mit Grund bestritten wird, sondern das gemeine kanonische Recht [158]), welches aber die Novalzehnten den Fürsten nicht zuspricht. Wo nicht das kanonische Recht für den Pfarrer und Bischof einen Anspruch auf den Rottzehnten gründet (s. vorhin), auch nicht particulares Recht oder Verträge dafür

152) S. I. H. Böhmer, ius eccl. Prot. III. 30. §. 64.

153) Vgl. besonders Schnaubert, Erläut. des Lehnrechtes S. 209 flg., welcher die Abhandlung von Dürr, de parocho a perceptione dicimarum novalium in Germania excluso, in Schmidt, thesaurus iuris ecclesiastici Tom. VII. nr. 1. einer sehr eingehenden Kritik unterwirft.

154) S. die Note 150 cit. Literatur, besonders Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 3, Nr. 33. Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 260.

155) Mittermaier a. a. O. §. 188, N. 4.

156) Schnaubert a. a. O. S. 217 flg.

157) Brauer, Abhandlungen zur Erläuterung des westphälischen Friedens Th. 2, S. 458.

158) Samhaber, diss. de normis pace Westphalica praescriptis, iuxta quas controversia de iure decimarum novalium, maxime inter Catholicos ac Protestantes decidenda est. Wirceburg. 1788. Schnaubert a. a. O. S. 214.

Digitized by Google

angeführt werden können, muß die Zehntfreiheit des Neubruchs angenommen werden[159]). Das preußische Landrecht a. a. O. §. 890—892 bestimmt: „Kirchen- und Pfarrzehnte können zwar auch von ausgetrockneten Sümpfen, gerodeten Wäldern und Wiesen, und anderen ganz neu in Kultur gebrachten Aeckern, insofern dieselben im Zehntdistricte liegen, gefordert werden. Es kommt aber den Besitzern eine zwölfjährige Befreiung, von der Zeit an, wo dergleichen Neuland zuerst wirklich bestellt worden, zu Statten. Zehntberechtigte weltlichen Standes können den Zehnten von solchem Lande nur alsdann fordern, wenn er ihnen ausdrücklich mit verliehen worden." Diese Festsetzung hat indessen ihre Anwendbarkeit verloren, indem das Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Aufhebung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, im §. 35 verordnet: „Von dem Tage ab, an welchem das gegenwärtige Gesetz in Kraft tritt, kann von Ländereien, von welchen ein Zehnt noch nicht bezogen worden, derselbe nicht gefordert werden. Die Ablösung des Zehnten... schließt daher auch die Aufhebung des Zehnten vom Neulande (Neubruchzehnt, Rottzehnt) mit ein und kann dafür nicht noch eine besondere Abfindung verlangt werden"[160]).

Bei der hier gegebenen Uebersicht der wichtigsten Arten der Zehnten mußten schon einzelne, das Recht und die Pflicht der Leistung betreffende Grundsätze mit berührt werden. Es ist aber nöthig, auf diese selbst im Zusammenhange einzugehen.

Das Zehntrecht.

Der Anspruch auf den Zehnten gründet sich theils auf Gesetz, theils auf andere Rechtstitel[161]). Das Gesetz ist theils das kanonische Recht, theils bürgerliche Anordnung (s. oben). Obschon beide eine ganz allgemeine Einführung zu Gunsten der Kirche vorgeschrieben haben, so ist dieselbe doch keineswegs überall gelungen und es kommen daher auch andere Entstehungsgründe in Betracht. Die frühere Annahme, daß der Pabst durch ein Privilegium das Recht begründen könne[162]), findet bei Juristen kaum noch Vertheidiger[163]). Dagegen kommt besonders in Betracht Herkommen, Vertrag, Verjährung. Insofern der Vertrag eine Veräußerung (im weiteren Sinne) enthält, erfordert derselbe bei kirchlichen Zehnten die kirchliche Solennität ebenso wie bei anderen Gegenständen des kirchlichen Vermögens[164]). Bei der Verjäh-

159) Diese Ansicht ist wohl jetzt ziemlich allgemein angenommen. Siehe Gründler, Polemik I, 321. Dazu noch Gerber, teutsches Privatr. §. 190, N. 9. Walter, teutsches Privatr. §. 532, Nr. 8 u. a.

160) Gesetzsammlung für 1850 S. 77.

161) S. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1543 flg. Ferraris, bibliotheca cit. art. 3.

162) Ferraris l. c. nr. 1.

163) Schnaubert a. a. O. S. 261.

164) M. s. den Art. Kirchengut Bd. VI, S. 134 flg. Vgl. insbesondre

Digitized by Google

rung ist der Unterschied der Zehnten zu berücksichtigen, indem der Kirche oder dem Pfarrer gegenüber unter Voraussetzung des Titels 40 Jahre und 4 Jahre der Restitution, ohne Titel unvordenkliche Präscription gefordert wird [165]). Nach kanonischem Rechte können aber Laien gegen die Kirche durch Verjährung überhaupt gar nicht den Zehnten erwerben [166]). Wegen der weltlichen Zehnten halten manche, unter Voraussetzung des guten Glaubens und Titels 10, beziehungsweise 20 Jahre für hinreichend [167]); die Praxis fordert aber 30 Jahre, wegen der analogen Anwendung der Vorschrift von cap. 1. de praescript. in VI. (II. 26.) auf weltliche Zehnten [168]).

Nach gesetzlicher Vorschrift gebühren die Zehnten im allgemeinen den einzelnen Pfarrkirchen, doch haben sich erst allmälig die Grundsätze darüber fest gebildet. Anfangs wurde im fränkischen Reiche vorgeschrieben, daß die Zehnten dem Bischofe zur Vertheilung zugewiesen werden sollten. So heißt es im Capitulare Francicum et Longobardicum von 779 cap. 7: „De decimis, ut unusquisque (homo) sua(m) decima(m) donet et per iussionem (et consilium episcopi, in cuius parochia fuerit) dispensentur“ [169]). Dem Bischof, welcher die Zehnten in Empfang nahm, wurde es zur Pflicht gemacht, dieselben an die Kirchen, Kapellen, zur Beleuchtung, zum Unterhalt der Priester zu verwenden [170]). Wo die Pfarrer die Zehnten einzogen, sollten sie den kirchlichen Vorschriften gemäß sie vor Zeugen vertheilen und zwar einen Theil ad ornamentum ecclesiae, den zweiten ad usum pauperum vel peregrinorum, den dritten semetipsis solis sacerdotes reservent [171]). Die an die Pfarr- und Taufkirchen entrichteten Zehnten sollten nur für diese und nicht für die Domkirche und den Bischof verwendet werden. So bestimmte ausdrücklich das Capitulare Longobardicum vom Jahre 803 im cap. 11: „De decimis vero quae a populo in plebibus vel baptismalibus aecclesiis offeruntur, nulla exinde pars maiori aecclesiae vel episcopo inferatur“ [172]). Der Bischof behielt dabei aber immer die Aufsicht [173]). Späterhin finden wir die sonst in Rom übliche Eintheilung

---

dazu noch cap. 2. X. de transactionibus (I. 36.) Alexander III. cap. 6. X. de in integrum restitutione (I. 41.) Innocent. III. a. 1210.

165) S. c. 6. X. de praescript. (II. 26.) Alexander III., verb. c. 1. eod. in VI. (II. 13.) Bonifac. VIII.

166) Cap. 7. X. de praescriptionibus (II. 26.). Dagegen preuß. Landrecht II, XI, §. 862.

167) S. I. H. Böhmer, ius eccl. Prot. III. 30. §. 41. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1545.

168) Eichhorn, teutsches Privatr. §. 254, I. v. Holzschuher a. a. O. II, 391, Nr. 4. 402, Nr. 23.

169) Pertz, Monum. Germ. Leges I. 36.

170) S. Capitulare Longobardicum a. 802. cap. 7. (Pertz l. c. I. 104.)

171) Capitulare Aquisgranense a. 801 cap. 7. (Pertz l. c. I. 87.)

172) Pertz l. c. l. 110.

173) S. Capitulare ad Salz a. 803 cap. 2. (Pertz l. c. I. 123. 124.) Capitula de presbyteris a. 809 cap. 4. (l. c. 161.) u. v. a.

Digitized by Google

der kirchlichen Einnahme in vier Portionen auch in der Anwendung auf die Zehnten. In den 829 zu Worms erlassenen Constitutionen wird darüber im cap. 5 bestimmt: „— Quamquam auctoritas canonica doceat, ut quarta pars decimarum et redituum ex oblationibus fidelium in usus episcoporum cedat, ubique tamen episcopus sua habet, sui contentus sit; ubi autem nihil rerum aecclesiae suae habet, accipiat de memorata parte sibi suisque. ... Ceterum si accipiendi nulla necessitas urguerit, nihil de memorata quarta parte accipiat, sed usibus ecclesiarum et pauperibus Christi impertiendum secundum suam dispositionem relinquat“ [174]). Ohne eine solche Beschränkung ist nachher dem Bischof der Anspruch auf die Quarta decimarum überhaupt zugesprochen [175]). Derselben wird auch weiterhin noch öfter gedacht [176]), doch kam sie allmälig außer Gebrauch. Wo nicht herkömmlich die Ablieferung des vierten Theiles der Zehnten an den Bischof feststeht, gebühren daher der Pfarrkirche die von den Eingepfarrten zu entrichtenden Zehnten allein. Ebenso hat der Pfarrer auf die Zehnten von den in der Parochie befindlichen Grundstücken Anspruch, wenn nicht eine entgegenstehende Gewohnheit nur den Parochianen selbst die Pflicht auferlegt [177]). Der Bischof hat außerdem den Anspruch auf Zehnten von solchen zehntpflichtigen Districten der Diöcese, welche keiner Pfarrkirchebesonders zugewiesen sind [177a]).

Das Zehntrecht selbst ist übrigens ein allgemeines oder besonderes, mit Rücksicht auf die pflichtigen Aecker (universale — particulare) oder die zu leistenden Früchte (generale — speciale) [178]). Das preußische Recht bestimmt Theil II, Titel 11, §. 865—866: „Sobald ausgemittelt ist, daß dem Zehntberechtigten, der einen ursprünglichen Pfarr- oder Kirchenzehnten besitzt, das Zehntrecht über eine gewisse Feldmark zustehe, gilt die Vermuthung, daß alle in dieser Feldmark gelegenen Grundstücke demselben unterworfen sind. Zehntsteine beweisen kein allgemeines Zehntrecht, sondern nur, daß derjenige, dessen Zeichen darauf befindlich ist, ein Zehntrecht in dem innerhalb der Steine gelegenen Bezirke auszuüben befugt sei.“ Uebrigens wurde schon zeitig darauf Bedacht genommen, die Grenzen zu bestimmen, wie weit eine Kirche den Zehnten zu empfangen berechtigt ist [179]).

---

174) Pertz l. c. 335.

175) M. s. z. B. Convent. Moguntin. a. 851 cap. 5. (Pertz l. c. I. 411.) verb. Hincmar Renensis Capit. cap. 16. (Opera I. 717.). Capitula Hladawici II. a. 856 cap. 15. (Pertz l. c. I. 440.)

176) M. s. z. B. c. 16. X. de officio iudicis ordinarii (I. 31.) Honorius III. C. 4. X. de praescriptionibus (II. 26.) C. 13. X. de decimis (III. 30.) Alexander III.

177) S. c. 5. X. de parochiis (III. 29.) Innocent. III. a. 1199. C. 18. 20. X. de decimis (III. 30.) Alexander III. Lucius III. Ferraris l. c. art. II. nr. 4.

177a) Vgl. Ferraris l. c. art. II. nr. 25 sq.

178) Mittermaier, teutsches Privatrecht §. 183, N. 4. Eichhorn, Kirchenrecht II, S. 820, 821. Holzschuher a. a. O. II, 394, Nr. 7.

179) Capitulare a. 809 de presbyteris c. 9. 10. (Pertz l. c. 161.)

Digitized by Google

Der Zehnte ist an sich pars decima. Dafür streitet also auch die Präsumtion. Daher heißt es im preußischen Landrechte a. a. O. §. 874: „Der Zehnte besteht, der Regel nach, in dem zehnten Theile der auf dem zehentpflichtigen Lande gewachsenen und dem Zehntrechte unterworfenen Frucht." Indessen kann nach Gewohnheit ein größerer oder kleiner Theil den Gegenstand des Rechtes bilden. Oefter ist es die pars undecima [180]), bisweilen der vierte, der sechste, der zwanzigste, ja selbst der sechszigste Theil [181]). Particulare Gesetze, Zehntrecesse, Heberollen geben darüber gewöhnlich den erforderlichen Anhaltepunkt [182]).

Der Umfang des Zehntrechtes gestaltet sich auch öfter verschieden, wenn mehrere Zehntberechtigte neben einander einen Anspruch haben [183]). So hat bisweilen einer den großen, der andere den kleinen Zehnten; einer den universellen, der andere den particularen, so daß der letztere jenen beschränkt u. s. f. Nicht selten wird eine Theilung dadurch veranlaßt, daß innerhalb eines bestimmten Districtes eine neue Parochie entsteht. Durch die Begründung einer solchen gehen diejenigen Zehnten, welche von den Pfarrkindern als solchen ihrem Pfarrer zu leisten sind, sofort mit der Auspfarrung auf den neuen Geistlichen über. Ein anderes Verhältniß tritt aber wegen der Prädialzehnten ein, indem diese nicht ohne weiteres dem bisher Berechtigten entzogen werden. Für diesen Fall bedarf es deshalb einer besonderen Auseinandersetzung, welche nach der Vorschrift des Tridentinischen Concils sess. XXI. cap. 4. de reform. durch den Bischof erfolgen soll, da es diesem obliegt, der neuen Parochie eine ausreichende Dotation, eine portio competens zu überweisen [184]).

Die Zehntpflicht.

Zwar sollte ursprünglich durch gesetzliche Anordnung der Zehnte als allgemeine Pflicht eingeführt werden; indessen ist dies theils überhaupt nicht gelungen, theils ist die Pflicht später wieder fortgefallen. Nur in einzelnen Ländern besteht die Präsumtion für eine allgemeine Zehntpflicht; in der Regel aber muß derjenige, welcher den Zehnten in Anspruch nimmt, dessen Existenz nachweisen, insoweit nicht durch Gesetz oder Herkommen diese Pflicht schon feststeht. So bestimmt das preußische Landrecht Theil II, Titel 11, §. 860: „Daraus, daß eine Kirche die Eigenschaft einer Parochialkirche hat, folgt noch nicht, daß die Eingepfarrten zur Entrichtung eines Zehnten verbunden sind" [185]). Wo

180) Vgl. Struben, rechtl. Bedenken Th. IV, Bd. 169, S. 432 flg.

181) Mittermaier, teutsches Privatr. §. 186, Nr. 5, S. 455.

182) Jac. Grimm, Rechtsalterth. S. 394, Nr. 12. Vgl. K. F. L. Arndt, die Zehntregister des Bisthums Ratzeburg aus dem 13. Jahrhundert. Lüneburg 1833. 4.

183) Ferraris l. c. art. II. nr. 5 sq. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1552 flg. Mittermaier a. a. O. §. 187, Nr. 1.

184) Vgl. Ferraris l. c. art. II. nr. 17 sq.

185) Wie sich in den einzelnen Provinzen des preußischen Staates dieses Verhältniß gestellt, ist aus den von Vogt, Kirchen- und Eherecht in den preuß.

Digitized by Google

die Zehntpflicht selbst besteht, unterliegen derselben die Eingepfarrten sowie die Nutznießer der zehntpflichtigen Grundstücke. Während früher alle Christen, ohne Unterschied des Bekenntnisses, dem Pfarrer den üblichen Zehnten zu entrichten hatten [186]), ist durch spätere Gesetzgebung dies im allgemeinen dahin geändert, daß nur die Realzehnten von jedem Inhaber des pflichtigen Grundstückes, Christen wie Nichtchristen, aufgebracht werden müssen [187]). Im cap. 24. X. de decimis spricht Innocenz III. im Jahre 1199 das allgemeine Princip aus: „Quum quilibet decimas solvere teneatur, nisi a praestatione ipsarum specialiter sit exemtus, ... respondemus, quod a dantibus vel recipientibus possessiones ad firmam de fructibus, quos percipiunt, decimae sunt solvendae, nisi ab eis ostendatur, quare ab huiusmodi sint immunes.“ Sowohl im gemeinen wie im particularen Rechte ist dieser Satz stets anerkannt worden [188]).

Die Zehnten sind aber als Reallast sowohl auf dem zehntpflichtigen Grundstücke, als den Früchten desselben radicirt [189]); doch ist dies nicht unbestritten, indem Manche annehmen, daß die Zehntlast nur auf den Früchten haftet, Andere dagegen sie auf das Grundstück beschränken. Schnaubert (in der Anm. 153 cit.) drückt sich so aus: „Die Zehnten haften unmittelbar (immediate et proxime) auf den Früchten. Diese sind das Object des Zehntrechtes; an diese kann und muß sich daher der Zehntherr halten, und wer Eigenthümer der Früchte ist, ist auch zehntpflichtig. Von dieser Verbindlichkeit ist der Eigenthümer des Grundstückes, wenn er die Früchte nicht gezogen hat, frei. Dennoch mittelbar (mediate et remote) haften die Zehnten noch auf dem zehntbaren Grundstücke. Die Früchte sind ordentlicher Weise aus dem Grunde, weil sie auf einem solchen Grundstücke, worauf Jemanden das Zehntrecht zusteht, gewachsen sind, decimabel.“ Mittermaier [190]) schließt sich an, indem er sagt: „Die Zehntlast ruht zunächst auf den Früchten, und auf Grund und Boden nur, insofern die Last auf jeden Besitzer übergeht.“ Diese Auffassung entspricht auch durchaus den Bestimmungen des kanonischen Rechtes, indem dasselbe ausspricht: „de fructibus, quos percipiunt, decimae sunt solvendae (cap. 24. X. de decimis) und insbesondre erklärt: „fructus autem ipsos alienari posse, non credimus, nisi cum onere decimarum“ (cap. 28. X. de decimis), woraus also folgt, daß der Zehntberechtigte die gegen jeden dritten Besitzer anwendbare

---

Staaten Bd. 1, S. 587 flg. mitgetheilten Erkenntnissen und anderen Materialien zu entnehmen.

186) Ferraris l. c. art. II. nr. 32 sq.

187) Vgl. das preuß. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 261 und dazu Vogt a. a. O. S. 260 flg.

188) S. die Commentatoren zur cit. Stelle. Vgl. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1538.

189) Schnaubert a. a. O. S. 248 flg. v. Holzschuher a. a. O. S. 389 flg. und die daselbst angeführte Literatur.

190) Teutsches Privatrecht §. 185, Nr. 7, S. 453.

Digitized by Google

condictio ex canone, oder selbst Reivindication anwenden kann, sobald die zehntpflichtigen Früchte vor Entrichtung des zehnten Theiles separirt und veräußert wurden[191]). Ebenso ist aber auch zugleich im cap. 26. X. de decimis ausgesprochen: mandamus, quatenus omnes, qui ratione personarum aut etiam praediorum decimas ecclesiis et clericis ... exhibere tenentur, ad eas cum integritate reddendas ... compellendi ..." und dieser Satz ist auch bei anderen Gelegenheiten wiederholt[192]). Die Richtigkeit der ganzen Auffassung kann dadurch nicht widerlegt werden, daß in der späteren particularen Gesetzgebung und Praxis Aenderungen eingetreten sind, durch welche gewisse Consequenzen des kanonischen Gedankens ihre Anwendung verloren haben.

Aus dem Princip folgt eigentlich, daß von gesetzpflichtigen Grundstücken jede Art der Zehnten zu leisten ist, wie dies in dem Rechtssprichworte ausgedrückt ist: „Wo der Pflug hingeht, geht auch der Zehente hin. Was der Acker trägt, muß Zehenten geben"[193]). Demnach wird ein universelles und generelles Zehntrecht, welches sich auch auf den Neubruch mit erstreckt, als Regel vorausgesetzt. Daß dieser Satz aber in seiner Allgemeinheit nicht mehr gelte, ist schon oben dargethan. So disponirt auch das preußische Landrecht a. a. O. §. 875: „Wo der Zehnte überhaupt und ohne weitere Bestimmung hergebracht ist, wird darunter nur der sogenannte Großzehnte verstanden." Die Abschaffung des Personalzehnten, des Neubruchszehnten ꝛc. widerspricht ebenso der Allgemeinheit des Princips.

Aus der Regel folgt, daß der Zehnte so oft zu entrichten ist, als zehntpflichtige Früchte gezogen werden. Wenn also auf demselben Acker in einem Jahre öfter geerntet wird, ist auch ebenso oft der Zehnte zu leisten[194]).

Nicht ohne Einfluß ist das Princip auch auf die Art und Weise der Kultur der Grundstücke. Darüber, in welchem Umfange der Zehntpflichtige gebunden sei, herrschen aber entgegengesetzte Ansichten. Aus dem cap. 4. X. de decimis folgern Manche die unbedingte Freiheit des Zehntpflichtigen, Andere das Gegentheil. Mittermaier[195]) erklärt: Da das Zehntrecht nur ein hypothetisches ist, nämlich dann wirksam wird, wenn zehentbare Früchte gewonnen werden; da der Grundsatz der Freiheit des Eigenthums der entscheidende ist, und der Zehentherr kein Recht auf ein Handeln, nämlich auf das Anbauen bestimmter Frucht-

---

191) Vgl. unten Note 234 flg. Gerber, teutsches Privatr. §. 190, N. 4 sagt, der Satz: „— daß die Last zunächst auf den Früchten hafte, enthält gar keinen juristischen Begriff", scheint also an die Wirkungen die im Texte hier in Bezug auf Vindication u. s. w. angeführt sind, nicht gedacht zu haben.

192) Vgl. auch cap. 30. 32. 34. X. de decimis. Cap. 5. X. de parochiis (III. 29.) u. a.

193) Vgl. Eisenhardt, Grundsätze des teutschen Rechtes in Sprichwörtern S. 659.

194) Cap. 21. X. de decimis.

195) A. a. O. §. 197, Nr. 2, S. 456.

Digitized by Google

arten hat; da auch kanonisches Recht und die Analogie der Servituts-grundsätze nicht angeführt werden kann, so kann der Zehentherr den Zehntsolden nicht an Kulturveränderungen hindern und ebensowenig gegen den Zehentpflichtigen Entschädigungsrechte geltend machen, wenn dieser die Kultur liegen läßt. ... Auf jeden Fall muß man doch das Recht der Kulturveränderung dann anerkennen, wenn nachzuweisen ist, daß nach richtigen landwirthschaftlichen Grundsätzen die bisherige Kulturart dem Eigenthümer nachtheilig ist." Den letzten Satz kann man zugeben, doch folgt daraus nichts für die obigen Behauptungen, mit denen auch Walter[196]) übereinstimmt. „Das Zehntrecht ..., begreift nicht auch das Recht, den Anderen zu nöthigen, wirklich zu bauen oder in einer bestimmten Art zu bauen. Derselbe kann daher das Bauen unterlassen oder die Kultur verändern, muß jedoch von den Früchten den Zehnten zahlen." Mit vollem Recht äußert dagegen schon Schnaubert[197]): „daß der Zehntpflichtige, wenn er über die gewöhnliche und gehörige Zeit das zehntbare Grundstück unbebaut liegen läßt, um den Zehntherrn zu lädiren, angehalten werden könne, sein Feld auszustellen." Es folgt auch in der That dieses Recht des Zehntherrn nicht nur aus dem Zehntrechte an sich, welches nicht blos an den Früchten, sondern auch am Fundus haftet (s. oben), sondern schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß Jemandem, welcher gewisse Ansprüche hat, diese aus bloßer Willkür des Verpflichteten nicht entzogen werden dürfen. Daher sind die meisten Schriftsteller der entgegengesetzten Ansicht, für welche allerdings das cap. 4. X. de decimis nicht angeführt werden kann. Diese Stelle spricht auch gar nicht von diesem Falle, sondern von dem Aufbruch (s. oben)[198]). Mit der Literatur[199]) stimmen auch die Gesetze, wie das bayerische[200]) und preußische. Das letztere schreibt vor §. 877: „der Zehntberechtigte kann dem Zehntpflichtigen nicht vorschreiben, wie derselbe das Grundstück bestellen und nutzen solle. §. 878: Baut aber der Zehntpflichtige eine andere Art von Erzeugnissen, als wozu das Grundstück bisher gewöhnlich genutzt worden, so muß er auch davon den Zehnten entrichten. §. 879: Kann diese Art der Berechtigung, nach der Natur und Beschaffenheit des anderweitig gebauten Erzeugnisses oder aus anderen Ursachen nicht stattfinden, so muß der Zehntpflichtige ebensoviel als der Zehnte von einem Acker gleicher Größe in demselben Felde beträgt, in dem Erzeugnisse der gewöhnlichen Art entrichten. §. 884: Läßt der Zehntpflichtige die zum Winter- oder Sommerfelde gehörigen Ländereien, aus Nachlässigkeit oder unordentlicher

196) Teutsches Privatrecht §. 532, Nr. 9.
197) A. a. O. S. 256 D.
198) Walter folgert ebenso zu viel aus dieser Stelle, als umgekehrt Eichhorn, teutsches Privatrecht §. 254, N. i.
199) Vgl. Mittermaier a. a. O. N. 8. v. Holzschuher a. a. O. II, S. 395, 396. Gerber, teutsches Privatrecht §. 190, N. 14.
200) II, 10, §. 9, 11. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1549.

Wirthschaft, ganz oder zum Theil unbebaut liegen, so ist der Zehntberechtigte befugt, dieselben in Kultur zu nehmen, und der Eigenthümer hat auf die davon gewonnenen Früchte gar keinen Anspruch. §. 885: Nimmt der Zehntpflichtige eine Art von Kultur vor, wodurch die Gestalt und Bestimmung des Grundstückes gänzlich verändert wird, so muß er den Zehntberechtigten wegen des dadurch entstehenden Verlustes, auf andere Art schadlos halten u. s. w.

Eine solche Verletzung tritt für den Zehntberechtigten nicht ein, wenn bei der Dreifelder-Wirthschaft ein Theil der Aecker brach gehalten wird. Daher wird auch häufig angenommen, daß Früchte, die im Brachfelde gebaut werden, zehntfrei bleiben[201]). Allein das Princip rechtfertigt das kanonische Recht (cap. 21. X. de decimis) und diesem folgen auch die meisten Schriftsteller[202]).

Aus dem Princip folgt auch, daß der Zehnte von den Früchten in natura gegeben werde, insofern nicht Ausnahmen rechtlich begründet sind. Daher declarirt auch das preußische Landrecht a. a. O. §. 874, daß der Zehnte von den auf dem zehentpflichtigen Lande gewachsenen Früchten geleistet werde.

Da das onus im ganzen auf dem Grundstücke, wegen der einzelnen Leistung aber auf den Früchten ruht, so ist wegen der Rückstände der Nachfolger im Besitze nur dann verpflichtet, wenn er als successor universalis in alle Verbindlichkeiten des Vorgängers eintritt[203]).

Die Freiheit von der Zehntpflicht[204]) beruht als eine Exemtion von der Regel auf besonderen Rechtsgründen. Als solche erscheinen vor allen die Gesetze. Abgesehen von den schon erwähnten gesetzlichen Beschränkungen und den noch weiterhin anzuführenden Aufhebungsgesetzen ist hier die Parömie: Clericus clericum non decimat in nähere Betrachtung zu ziehen[205]). Der Pfarrer hat von Pfarrkindern persönliche Zehnten zu fordern; da aber ein Pfarrer im Verhältniß zu anderen Pfarrern nicht als eigentlicher parochus erscheint, so steht ihm auch kein Anspruch auf solche Zehnten zu. Dagegen ist er berechtigt zur Forderung gegenüber den niederen Klerikern, welche weder

---

201) Vgl. das bayer. Recht. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1549. Das preuß. Landr. II, XI, §. 880. Dasselbe läßt aber §. 881—883 den Zehntberechtigten entschädigen, wenn durch Benutzung des Brachfeldes der Ertrag der künftigen Ernte geschmälert wird.

202) S. I. H. Böhmer, ius eccl. Prot. III. 30. §. 81 sq. Schnaubert a. a. O. S. 256. Eichhorn, teutsches Privatrecht §. 254, IV, 2, desselben Kirchenrecht S. 824. v. Holzschuher a. a. O. II, 398, 399 und die daselbst citirten Schriften.

203) v. Kreittmayr a. a. O. S. 1540. Permaneder, Kirchenrecht §. 491, S. 873.

204) Ferraris l. c. art. II. nr. 29 sq., V. nr. 1 sq. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1567 flg.

205) Horn, de clerico clericam non decimante. Viteberg. 1727. Ferrari l. c. art. II. nr. 36 sq. I. H. Böhmer, ius eccl. Protest. III. 30. §. 75 sq. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1538.

ein Beneficium haben, noch der Kirche dienen (clerici simplices et non curati). Es erklärt darüber Paschalis II. im cap. 2. X. de decimis: „Novum genus exactionis est, ut clerici a clericis (frugum) decimas (vel animalium) exigant, quam nusquam in lege Domini hoc legamus. Non enim Levitae a Levitis decimas accepisse (vel extorsisse) leguntur. Illi profecto clerici, qui a clericis spiritualium ministeriorum labores accipiunt (laborum suorum) decimas eis debent." Regularen, welche als solche nicht Kleriker sind, haben ihren Pfarrern eigentlich Personaldecem zu entrichten. Durch besondere päbstliche Privilegien sind dieselben aber davon befreit worden [206]). Was die Realzehnten betrifft, so sind die in der Parochie befindlichen Grundstücke, welche zum Unterhalte des Pfarrers bestimmt sind, zehntfrei. Auswärtige Pfarrer und Kleriker haben von den zu ihrem Beneficium gehörigen Grundstücken, wenn diese im Zustande der Zehntfreiheit ihnen zur Dotation überwiesen waren, keinen Zehnten zu entrichten; wenn dagegen zehntpflichtige Güter zur dos der Kirche genommen werden, so dauert die Zehntpflicht fort [207]). Von den unter weltlichem Titel ihnen zufallenden Gütern sowie von zu ihrem Vermögen gehörigen Grundstücke haben auch Kleriker den Zehnten zu entrichten [208]). Durch besondere Privilegien sind den Regularen die Neubruchzehnten sowie die von Gärten und Thieren erlassen [209]).

Die Zehntfreiheit wird nach kanonischem Rechte außerdem durch Ertheilung eines päbstlichen Privilegiums begründet, wenn der Kirche daraus kein besonderer Nachtheil zugefügt wird [210]). Desgleichen durch Verjährung, für welche aber der bloße Nichtgebrauch des Berechtigten nicht genügen, sondern von Seiten des Verpflichteten eine förmliche Usucapion der Freiheit erforderlich sein würde [211]). Auch durch Vertrag ist die Ablösung möglich (s. unten).

Ausübung des Zehntrechtes [212]).

Der Zehntherr hat bei der Uebung seines Rechtes zuvörderst die vorhandenen gesetzlichen Vorschriften zu befolgen. Da diese gewöhnlich nicht ausreichen, so müssen Herkommen und Vertrag zur Aushilfe dienen. Der Natur der Sache nach ergeben sich aber für die verschiedenen Objecte besondere Regeln.

Die Personalzehnten werden, wo sie noch bestehen, gewöhnlich am

206) C. 9—12. X. de decimis (III. 30.).
207) C. 42. 44. Cau. 16. qu. 1. C. 33. 34. X. de decimis.
208) C. 42. Cau. 16. qu. 1.
209) C. 10. X. de decimis. C. ult. X. de privilegiis (V. 33.).
210) Vgl. c. 3. 8. 10. 12. 24. X. de decimis. Innocent III. erklärt in c. 25. X. eod., daß der Kaiser zur Ertheilung eines solchen Privilegiums nicht befugt sei.
211) v. Kreittmayr a. a. O. S. 1571. v. Holzschuher a. a. O. II, 401, 402. Vgl. preuß. Landr. II, 11, §. 870, 871.
212) Ferraris l. c. art. III. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1556 flg. Schnaubert a. a. O. S. 257 flg. Mittermaier a. a. O. §. 185.

Digitized by Google

Schlusse jeden Jahres entrichtet[213]). Bei Thieren soll der Berechtigte das zehnte Stück nehmen „wie es fällt". Von einer Auswahl ist nicht die Rede, indem man mit Rücksicht auf c. 5. Cau. XVI. qu. VII. „Non eligetur, nec bonum, nec malum" es dem Zufall überlassen wollte. Der Brauch ist aber doch verschieden. Nach dem Sandweller Goding[214]) soll der Zehntmann die Schaafe in ein Schott treiben und hernach dasselbe öffnen. Welches Schaaf zum zehnten Sprung herauskommt, das soll der Zehntherr nehmen; wäre es der Widder oder Ram (d. h. Rammler, Bock), so nimmt er nicht ihn, sondern den nächsten Sprung danach. Die geworfenen Ferken werden dem Zehntherrn vorgetrieben, daß er darunter wähle. — Sonst wird auch die Regel aufgestellt, er soll das Nächste nach dem Besten nehmen[215]). In Betreff der Zeit entscheidet für manche Thiere die Observanz (z. B. Gänse zu Martini), sonst wird der Termin angenommen, wenn das Junge abgesogen hat, und beim Federvieh, daß es genossen werden kann. Genauer bestimmt noch das preußische Landrecht a. a. O. §. 916—920: „der Regel nach muß das zehntbare Vieh von einem Jahre ins andere aufgezählt und darnach das zehnte Stück geliefert werden[216])." Die vor der wirklichen Aufzählung gestorbenen Stücke werden bei Berechnung des Zehnten nicht mitgezählt. Die Zeit der Abzählung ist nach jedes Ortes Herkommen bestimmt. Kälber, Lämmer und Schweine ist der Zehntberechtigte nicht eher, als bis sie zum Verkaufe tauglich, Fohlen nicht eher, als bis sie abgesogen sind, und Federvieh erst, wenn es befiedert ist, anzunehmen verbunden. Von allen Sorten dürfen nur Stücke mittlerer Güte zum Zehnten gegeben und angenommen werden.

Wegen der Fruchtzehnten sind auch schon zeitig genauere Festsetzungen ergangen. Sobald die Früchte reif sind, hat der Verpflichtete die Ernte zu bewirken und Alles so einzurichten, daß der Berechtigte seinen Antheil empfangen kann. Schon das Mosaische Recht verordnet, es solle die Leistung des schuldigen Zehnten nicht verzögert werden und Alexander III. verordnet im cap. 7. X. de decimis: „— cogatis, ut decimam ... statim fructibus collectis persolvant atque de subtractis et retentis dignam satisfactionem exhibere procurent." Sobald die Früchte zum Auszehnten bereit sind, hat der Zehntmann dem Berechtigten Anzeige zu machen, damit die Aussonderung erfolge. Darüber, wie lange der Zehntherr erwartet werden müsse und wie im Falle des Verzuges zu verfahren ist, bestehen particulare Verschiedenheiten. Im sächsischen Landrechte Buch II, Artikel 48, §. 7 findet sich folgende Disposition:

---

213) C. 65. Cau. 16. qu. 1. und die Commentatoren zum c. 5. X. de decimis.

214) Grimm, Rechtsalterthümer S. 393.

215) Struben, rechtliche Bedenken Th. IV, Bd. 198. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 3, Nr. 35.

216) Ueber diesen Grundsatz s. m. noch Mittermaier a. a. O. S. 453, Note 10.

Digitized by Google

Svenne en man sin korn invoren wel, dat sol he kündegen deme tegedere, of he in deme dorpe oder uppe'n velde is. Ne wardet he denne sines tegeden nicht, die man vertegede ime selven, als he sinen eid dar an beware, of man in van ime hebben wel, unde bewise'ne twen sinen geburen, unde late'ne ute stan; so sal he's bliven ane schaden, of he seder geergeret wert oder verloren." Daran lehnen sich viele im wesentlichen nicht abweichende Ordnungen[217]), während Andere von anderen Grundsätzen ausgehen. Man nennt die im Sachsenspiegel vorgeschriebene Ordnung fliehenden Zehnt und unterscheidet davon den stehenden Zehnt, sobald vorgeschrieben ist, daß die Frucht nicht früher vom Acker fortgebracht werden darf, als bis nach vorangegangener Anzeige an den Zehntberechtigten von demselben die Auszehntung geschehen ist. Während beim stehenden Zehnt der Zehntpflichtige von dem Belieben des Berechtigten abhängig ist, ist dies beim fliehenden nicht der Fall. Darüber, für welchen dieser Fälle beim Mangel gesetzlicher Vorschrift zu präsumiren sei, ist man nicht einig. Indessen streitet das Princip der restrictiven Auslegung bei oneroſen Geschäften für den fliehenden Zehnten[218]), den auch das preußische Landrecht als Regel anerkennt. Es heißt deshalb a. a. O. §. 901 flg.: „Sobald dem Zehntberechtigten oder dessen Abzehntner gemeldet worden, daß die Früchte zum Abzählen in Bereitschaft stehen, müssen sich dieselben dazu unverzüglich einfinden. Der Zehntpflichtige ist nicht schuldig, länger als zwölf Stunden nach der Anzeige auf das Abzählen zu warten. Vielmehr kann er alsdann, in Gegenwart oder mit Zuziehung der Dorfgerichte oder zweier an sich glaubwürdiger Zeugen, auf Kosten des Berechtigten, den Zehnten selbst ausstoßen und auf dem Felde liegen lassen. Nöthigt die Witterung den Zehntpflichtigen, mit der Einführung der Früchte zu eilen, so ist es genug, wenn die Anzeige ... nur sechs Stunden vor dem Einfahren geschieht. Dagegen ist aber auch der Zehntpflichtige schuldig, wenn der Zehntsammler auf der Flur mit der Abzählung schon wirklich beschäftigt ist, so lange zu warten, bis derselbe auf seinen Acker kommen kann. Säumt der Zehntsammler geflissentlich, so haftet er dem Zehntpflichtigen für allen dadurch erweislich entstandenen Schaden. Sind aber mit Vernachlässigung obiger Vorschriften die Früchte vor Ausstoßung der Zehnten eingeführt worden, so muß derselbe dem Berechtigten noch aus der Scheune verabfolgt werden. Ist die zu frühe Einführung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch eigenes grobes Verschulden geschehen, so muß er, wenn besondere Provinzialgesetze nicht ein Anderes bestimmen, dem Berechtigten auf zehn Garben eine, bei einem obwaltenden nur mäßigen Versehen aber auf zwanzig Garben eine Garbe mehr abliefern."

---

217) Grimm a. a. O. S. 393.

218) S. Gründler, Polemik I, 308, 309. v. Holzschuher a. a. O. II, 386, 399 (daselbst muß aber für fliegenden — fliehenden gelesen werden).

Digitized by Google

Ueber die Bestimmung der Zehntgarben selbst giebt es ebenfalls abweichende Grundsätze. Im allgemeinen ist dem Zehntberechtigten die Wahl der Garben zuzugestehen, um ihn gegen Uebervortheilung zu sichern [219]). Wenn aus den größeren Haufen, Hocken, Mandeln der Zehntherr je die zehnte Garbe auswählt, heißt dies Schleppzehnte; wenn nicht nach der Reihe aus den aufgestellten Haufen die Wahl erfolgt, nennt man dies fliegenden Zehnten; wenn aber dem Zehntpflichtigen die Auswahl überlassen ist, was in der Regel beim Nichterscheinen des Zehntherrn der Fall ist, heißt es Streuzehnt [220]). Das preußische Recht a. a. O. §. 895 schreibt vor: „Der Empfänger muß den Großzehnten auf dem Felde, aus den aufgesetzten Garben oder Haufen, wie sie folgen, annehmen, doch kann er mit dem Abzählen da, wo er selbst will, den Anfang machen." Auf den Anfangspunkt hat man auch das im Herzogthum Westphalen übliche Rechtssprichwort: „Der Zehnte folgt dem Düngerwagen" beziehen wollen, daß nämlich der Zehntherr die Auszehntung da beginne, wo der Düngerwagen auf den Acker fährt, während damit wohl nur bezeichnet ist, daß der Zehntherr alle Aecker zu zehnten berechtigt sei, welche die Zehntpflichtigen düngen und bestellen [221]).

Herkömmlich ist auch das Fortzählen auf den verschiedenen Aeckern eines Zehntpflichtigen, indem sonst durch die Zerstückelung der Grundstücke dem Zehntherrn Nachtheil zugefügt würde [222]). Auch darüber disponirt das preußische Recht §. 896 flg.: „der Empfänger kann von einem Acker auf einen anderen des nämlichen Besitzers die Garben oder Haufen fortzählen. Bei diesem Fortzählen steht es ihm frei, ob er an dem oberen oder unteren Ende des Ackers den Anfang machen will. Bleiben zuletzt noch Früchte übrig, die keine Zehntgarbe ausmachen, so werden dieselben, zur Mitzählung auf das folgende Jahr, dem Berechtigten vorbehalten. Wo die Feldfrüchte in Mandeln oder Hocken aufgesetzt werden, da kann der Zehntberechtigte verlangen, daß die bei der Abzählung übriggebliebenen einzelnen Mandeln oder Hocken auseinander genommen und ihm von den darin enthaltenen Garben der Zehnte verabfolgt werden."

Was den Ort des Empfanges der Zehnten betrifft, so ist auf Grund mehrerer Stellen des kanonischen Rechtes [223]) die Behauptung auf-

---

219) Schnaubert a. a. O. S. 258. v. Holzschuher a. a. O. S. 400, Nr. 20.

220) Pufendorf, observationes iuris univ. Tom. I. obs. 112. Tom. II. obs. 32. Desselben animadversiones nr. 72. 73. Ortloff, Grundzüge eines Systems des teutschen Privatrechtes S. 420. Vgl. das preuß. Landr. §. 899.

221) Seibertz im neuen Archiv des preußischen Rechtes Bd. 11, Heft 2, Nr. 19, S. 249 flg.

222) v. Kreittmayr a. a. O. S. 1558, 1559. v. Holzschuher a. a. O. S. 400, Nr. 19.

223) C. 65. Cau. 16. qu. 1. C. 1. Cau. 16. qu. 7. C. 5. 7. 26. X. de decimis.

Digitized by Google

gestellt, daß der Zehntpflichtige die Zehnten dem Berechtigten in seine Wohnung zu bringen habe. Allein es hat sich fast allgemein eine entgegenstehende Gewohnheit gebildet und die Regel ist jetzt, daß der Zehntherr den ihm gebührenden Theil an Ort und Stelle empfange und auf eigene Kosten in seine Scheuern bringe[224]), weil dem Zehntpflichtigen nicht zugleich eine Frohnpflicht obliegt, wenn dies nicht besonders hergebracht ist. Auch das preußische Recht folgt diesem Grundsatze §. 895 909 und bestimmt: „die Einfuhr des auf dem Felde abgezählten Zehnten muß der Empfänger, der Regel nach, und wo nicht ein Anderes durch ununterbrochene Gewohnheit hergebracht ist, selbst besorgen." Beim Sackzehnten ist dagegen nach §. 928 die Abfuhr in die Wohnung oder auf den Boden des Empfängers durch den Zehntpflichtigen zu besorgen. Andere Kosten hat der Decimator nicht zu tragen und die Zehnten sind ihm ohne jeden Abzug von impensae und expensae zu überweisen[225]). Das preußische Recht §. 894 disponirt: „der Zehnte muß von den Früchten, ohne Abzug der Bestellungskosten und Abgaben, entrichtet werden."

Verpflichtungen des Zehntberechtigten.

Den Nutznießern kirchlicher Güter, insbesondre der Zehnten, liegt nach kanonischen Vorschriften, insbesondre dem Tridentinischen Concil sess. XXI. cap. 7. de reformatione die Pflicht ob, zum Bau und zur Erhaltung der kirchlichen Gebäude Beitrag zu thun[226]). In vielen Ländern gilt dies auch jetzt noch, während in anderen dieses onus nicht mehr besteht[226a]). Inwieweit auch Laienzehnten dasselbe obliegt, ist sehr bestritten. Eine Präsumtion besteht für die Freiheit[227]). In vielen Gegenden Teutschlands bestand früher für den Decimator auch die Pflicht, das sogenannte Faselvieh in der Gemeinde zu erhalten, nämlich den Widder, den Eber, den Gänser, den Hengst. Ortsstatuten und Weisthümer geben darüber nähere Festsetzungen[228]). In Bayern ist nach v. Kreittmayr[229]) allgemein die Aufhebung erfolgt, indem „der Pfarrer dasjenige, was er etwan von der Gemein wegen Haltung

---

224) Ferraris l. c. nr. 21. Schnaubert a. a. O. S. 257. v. Holzschuher a. a. O. II, 400, 401, Nr. 21.

225) S. c. 20. 22. 26. 28. 33. X. de decimis. Ferraris l. c. nr. 10 sq. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1564 a. E.) 1565. Schnaubert a. a. O. S. 258. Ueber eine Ausnahme bei den Kartoffelzehnten s. m. Mittermaier a. a. O. I, S. 453, N. 15.

226) Vergl. den Artikel: Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude Bd. VI, S. 107 flg. und besonders Huck, die rechtl. Natur der Kirchenbaulasten, in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 8, Nr. 9, S. 326 flg.

226a) Vgl. die Literatur bei Richter, Kirchenr. (5. Aufl.) §. 318, N. 13.

227) M. s. z. B. die Ergänzungen zum preuß. Landrecht Th. II, Tit. 11, §. 710 flg. bei Vogt a. a. O. S. 497 flg.

228) Beispiele bei Jac. Grimm in den Weisthümern I, S. 519, 598. II, S. 148, 156, 198, 235, 272 u. a: S. auch Mittermaier a. a. O. I, S. 446, N. 16 und Citate.

229) A. a. O. S. 1537.

des Unthiers genossen hat, wiederum zurück und an die Gemeinde überlassen muß."

Andere Verpflichtungen, welche dem Zehntherrn zugemuthet werden, können nur auf speciellen Rechtstiteln beruhen. An sich ist derselbe nicht verbunden, zur Wiederherstellung des in dem zehntpflichtigen Grundstücke durch Ueberschwemmung verursachten Schadens beizutragen oder zur Verbesserung des Weges, auf welchem er den Zehnten abführt, mitzuwirken; auch hängt es von ihm ab, ob er einen vereideten Zehntener halten will oder nicht [230]).

Beim Naturalzehnten entscheidet das wirkliche Wachsthum über den Antheil. Beim Sackzehnten steht das Quantum fest und hier ist die Möglichkeit des Anspruches des Zehntpflichtigen auf Remission vorhanden. Das preußische Recht erkennt denselben an und bestimmt jedoch nur bei geistlichen Sackzehnten §. 930 flg.: Hat der Zehntpflichtige totalen Mißwachs erlitten, so kann der Empfänger den Sackzehnten nur insofern fordern, als die gewonnenen Früchte, nach Abzug der Wirthschaftsnothdurften, an Samen, Brot, Speisung des Gesindes und Fütterung dazu noch hinreichen. Hat sich der Mißwachs nur in einer oder der anderen Getreidesorte ... ereignet, so muß der Zehntpflichtige den in der mißrathenen Sorte zu entrichtenden Sackzehnten entweder ... bezahlen oder denselben in einer anderen Getreidesorte, nach Verhältniß der Preise, abliefern. Diese Befugnisse fallen übrigens fort, wenn der Pflichtige ausdrücklich allen Remissionen entsagt hat.

Zehntstreitigkeiten, insbesondre Gerichtsstand [231]).

Das kanonische Recht sieht die Zehnten als mit den Spiritualien verbundene Objecte an und vindicirt ihnen deshalb das geistliche Forum [232]). Ob sie sich in geistlichen oder weltlichen Händen befinden, erschien der Kirche gleichgiltig. Später fing man an, genauer sowohl die Gegenstände, als die Natur der Streitigkeiten zu unterscheiden und es verglich sich die Kirche mit dem Staate über die beiderseitige Competenz. So geschah es namentlich in Bayern, wo durch die Concordate von 1583 und spätere Erlasse festgestellt wurde, daß bei kirchlichen Zehnten in petitorio, es sei principaliter oder auch nur incidenter, die Kirche entscheiden solle, wenn es sich um Eigenthumsrecht an den Zehnten handele, dagegen in possessorio dem weltlichen Richter die Cognition zustehe. Ueberall, wo es sich um factische Zustände handelt und nicht

230) Vgl. Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Justizverfassung u. s. w. IV, 137, 138.

231) Ferraris l. c. art. V. nr. 16—18. v. Kreittmayr a. a. O. S. 1373—1584. Wiese a. a. O. Bd. 2, §. 323.

232) Vgl. cap. 7. X. de praescriptionibus (II. 26.) Alexander III. Cap. 14. 25. X. de decimis (III. 30.) Cap. 9. X. de rerum permutationibus (III. 19.) Gregor IX. Clem. 2. de iudiciis (II. 1.) Clemens V. in Conc. Vienn. 1311 u. a. S. Warnkönig, franz. Staats- und Rechtsgeschichte III, 343.

Digitized by Google

das Wesen der Zehnten als geistlicher Sachen in Betracht kommt, sollte ebenfalls das bürgerliche Gericht competent sein. Man dehnte dies auf kleine Zehnten überhaupt aus, da deren Entrichtung mehr von Herkommen, als allgemeiner gesetzlicher Bestimmung in Bayern abhing. Sobald aber der Beklagte ein Geistlicher war, sollte das geistliche Gericht eintreten, auch wenn nur Besitzstreitigkeiten oder factische Fragen vorlägen. Uebrigens nahm die Kirche für diese dem weltlichen Richter zustehenden Fälle wenigstens concurrirende Jurisdiction in Anspruch und die Prävention sollte daher die Competenz im einzelnen Processe bestimmen, was indessen von Seiten des Staates bestritten und in der Regel auch nicht zugelassen wurde. Obgleich die Ansprüche der geistlichen Richter wenigstens auf concurrirende Gerichtsbarkeit auch bei weltlichen Zehntsachen gerichtet waren, so wurde hierin doch nicht nachgegeben, außer wenn der Beklagte ein Kleriker war und nicht das weltliche Gericht als forum rei sitae seine Competenz behaupten konnte.

Diese Grundsätze wurden eigentlich als gemeines Recht fast überall befolgt[233]), doch hie und da auch zu Gunsten der weltlichen Gerichte erweitert. Das allgemeine preußische Landrecht Th. II, Tit. 11, §. 864 enthält bereits die Bestimmung: Alle, auch über Pfarr- und Kirchenzehnten entstehenden Streitigkeiten gehören zur Entscheidung des weltlichen Richters.

Das neuere Recht in Teutschland stimmt dieser Auffassung bei, indem es die Zehnten nicht mehr als spirituelle Objecte betrachtet. So rechnet das bayerische Edict vom 26. Mai 1818, welches neben dem Concordat als Beilage II. zu Tit. IV. §. 9 der Verfassungsurkunde publicirt ist, im §. 64, lit. b. zu den weltlichen Gegenständen, in welchen nach §. 65 der Staatsgewalt allein die Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit zukommt: alle Bestimmungen über liegende Güter u. s. w., fahrende Habe, Nutzung, Renten, Rechte der Kirche und kirchlichen Personen. Eine Concession von Seiten der Curie ist übrigens hierbei anfangs nicht erfolgt. Weder das bayerische Concordat Art. XII. c., noch das österreichische Art. XII. XIII. enthalten eine Norm, aus welcher die Cognition der weltlichen Gerichte über kirchliche Zehnten gefolgert werden könnte. Die württembergische Convention von 1857 spricht aber ausdrücklich auch die Zehnten dem weltlichen Gerichte zu (Sancta Sedes annuit, ut lites de ... oneribus ... decimarum et de onere construendi aedificia ecclesiastica in foro saeculari dirimantur).

Die Klagen in Bezug auf die Früchte sind nach der Ansicht der Kanonisten zuvörderst die Reivindication[234]), welche sich auch aus dem Grundsatze, daß die zehntpflichtigen Früchte mit der auf ihnen

233) M. s. die Citate bei v. Kreittmayr a. a. O. Verb. Rüffenstael, ius canonicum lib. II. tit. 1. §. 3. (Tom. II. pag. 10. nr. 65.) u. a. m. In Bayern hatte der Cod. Maximilian. II. X. §. 24. die Concordate und Observanz bestätigt.

234) v. Kreittmayr a. a. O. S. 1579. Vgl. Wiese a. a. O. S. 801.

Digitized by Google

ruhenden Last auf andere übergehen, ehe sie ausgezehntet werden, wohl rechtfertigen läßt[235]). Von der Separation der Früchte hat der Berechtigte eine condictio ex causa, welche als actio in rem scripta gegen jeden dritten Besitzer geht. Anwendbar sind auch die actio confessoria und negatoria und die possessorischen Mittel, das interdictum uti possidetis wie die Spolienklage. Der Gebrauch geistlicher Strafmittel, welche jetzt ohne bürgerliche Folgen sind, kann der Kirche gegen Verletzer ihres Rechtes, welche etwa durch die Staatsgesetzgebung geschützt sind, nach der vigens ecclesiae disciplina nicht versagt werden, obschon nach den gegenwärtigen Verhältnissen kaum eine Anwendung derselben erwartet werden dürfte.

Zehntprocesse wurden bereits nach kanonischem Rechte summarisch behandelt, wie auch Clemens V. in der Clementina 2. de iudiciis (II. 1.) ausdrücklich Zehnte als Gegenstände dieses Verfahrens namhaft macht.

Nach manchen Gesetzen sind übrigens gewisse Zehntstreitigkeiten der richterlichen Cognition entzogen, nämlich solche, welche auf notorischer Ortsverfassung beruhen, insofern nicht die Befreiung kraft Vertrages, Privilegiums oder der Verjährung dargethan werden kann[236]).

Aufhebung der Zehnten, insbesondre Ablösung derselben[237]).

Schon oben bei der Darstellung der Zehntpflicht ist der Exemtion von derselben durch Vertrag, Verjährung, Privilegium und Gesetz im allgemeinen gedacht worden. Sowohl das kanonische als sonstige gemeine und particulare Recht kennt diese Aufhebungsarten. Mit Recht erinnert Schulte[237a]): daß eine Ablösung dieser Abgabe ex iure divino oder auch nur nach den Kirchengesetzen ... nicht geschehen könne, ist eine aller Gründe entbehrende Behauptung, indem einmal gewiß weder die Zehntpflicht noch ihre Unablösbarkeit zu den fundamentalen Sätzen des Kirchenrechtes gehört, wie schwerlich Jemand behaupten möchte, sodann die Kirche selbst in einzelnen Fällen keinen Anstand genommen hat, deren Ablösung ... zu gestatten. Ob eine Umwandelung zuträglich sei, läßt sich nur im besonderen Falle ermessen.

An Beispielen von Zehntlösungen durch feste Abgaben fehlt es schon in früherer Zeit keineswegs[238]) und die Curie selbst hat, wo es

---

235) S. oben Note 191 und die Citate bei den in voriger Note genannten Autoren.

236) Entscheidung des preuß. Gerichtshofes für Competenzconflicte vom 27. September 1856, vom 24. October 1857 u. a. (Justiz-Ministerialblatt 1858 Nr. 22 u. a. m.)

237) Vgl. Roscher, System der Volkswirthschaft Bd. 2, S. 308 flg. (Derselbe vertritt allein das nationalökonomische Interesse, nicht aber das der Anstalten.)

237a) Kirchenrecht II, S. 507.

238) So wird im Jahre 1239 mit Genehmigung des Bischofs von Münster, als Oberlehnherrn aller Zehnten seiner Diöcese, die Zehntlöse in Wildeshausen

Digitized by Google

der Kirche vortheilhaft schien, solche Lösungen genehm gefunden[239]). Die Rücksicht auf die Beförderung der Landeskultur hat auch den Staat zur Emanation von Ablösungsgesetzen vermocht und auch dagegen läßt sich schlechthin nichts Triftiges erinnern, wenn solche Ablösung ohne Willkür bewirkt wird und die Subsistenz der Anstalten, welche den Bezug der Zehnten haben, gesichert bleibt.

In Frankreich erfolgte 1789, 1793, 1795 die unentgeltliche Aufhebung der Zehnten (s. oben Anm. 112) und die Kirche verlor dadurch etwa 133 Millionen Franken. Diesem Vorgange folgte auch theilweise Teutschland und die Schweiz. Insoweit hier aber nicht eine Herstellung herbeigeführt ist, ergab sich die Nothwendigkeit, andere Steuern als Surrogat für die Kirche zu schaffen.

Man ging übrigens in Teutschland im allgemeinen von der Grundansicht aus, daß es widerrechtlich sei, das wohlerworbene Eigenthum der Kirche ohne Entschädigung Anderen zu überlassen und hob daher für die Zukunft ohne weiteres nur das Recht auf noch nicht erworbene Zehnten auf, während für die bereits bestehenden Zehnten eine Ablösung für zulässig erklärt oder selbst, unter Beihilfe der Staatskasse, herbeigeführt wurde.

Im Herzogthum Nassau wurden unterm 3. September 1812 die Blutzehnten aufgehoben, in der Verfassung von 1814 die Ablösung verheißen, 1816 der Rottzehnte aufgehoben, seit 1820 durch gegenseitiges Uebereinkommen und mit Hilfe einer Leihkasse für Grundeigenthümer die Ablösung begonnen, seit 1840 aber mittelst einer Ablösungscommission, welche zugleich die Sorge für Sicherung der Ablösungskapitale übernimmt, weiter geführt. (Gesetz vom 29. Januar 1840.)

Im Königreiche Bayern war durch das Edict v. 28. Juli 1808 und die Verordnung vom 28. Februar 1825 der Modus bestimmt worden, wie die Fixirung und Umwandelung der Zehnten bewirkt werden könne[240]). Ein anderer Weg wurde aber durch das Gesetz vom 4. Juli 1848 über Aufhebung der standes- und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit, dann über Aufhebung, Fixirung und Ablösung der Grundlasten sowie die dazu gehörige Instruction vom 17. Juli 1848 eingeschlagen. Darnach wurden die Blutzehnten unentgeltlich aufgehoben, weil sie Gegenleistungen des Berechtigten voraussetzen, welche nicht mehr gewährt werden. Alle übrigen Zehnten sind ablösbar durch Festsetzung (Fixirung) einer unveränderlichen Geldabgabe (Zehntkanon) oder durch

---

vollzogen (Urkunde in der Zeitschrift für vaterländische Geschichte Bd. 6 (Münster 1843) S. 247). Viele andere Beispiele bei Roscher a. a. O. S. 309, 310.

239) M. s. z. B. die Entscheidung der Congregatio pro interpret. Conc. Trid. von 1723 zum cap. 9. Conc. Trid. sess. XXV. de reform., in der Ausgabe des Concils von Richter-Schulte zur cit. Stelle nr. 10. pag. 452.

240) S. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes Bd. 5, S. 738 flg. Verb. spätere Erlasse bei Döllinger, Sammlung der im Gebiete der inneren Staatsverwaltung des Königreichs Bayern bestehenden Verordnungen Bd. 8, S. 950—953.

Digitized by Google

Umwandelung eines auf Grund und Boden zu radicirenden Zinses (Bodenzins) oder durch Ablösung mittelst eines sogleich zu erlegenden oder in Annuitäten während einer bestimmten Reihe von Jahren abzuführenden Kapitales, welches dem achtzehnfachen oder zwanzigfachen Betrage der durchschnittlichen Jahreszehntrente gleichkommen muß [241]).

Im Großherzogthum Hessen wurde durch Verordnung vom 15. August 1816 die Verwandelung der fiscalischen Zehnten in Grundrenten bestimmt und durch Gesetz vom 13. März 1824 über Ablösung der Privatzehnten auf diese mit ausgedehnt [242]). Dem folgte das Gesetz vom 7. Mai 1849, welches die durch Kapital zu bewirkende gänzliche Aufhebung eingeführt hat.

Im Kurfürstenthum Hessen hat die Verfassungsurkunde von 1831 im §. 34 die Ablösbarkeit bestimmt [243]).

Im Großherzogthum Baden [244]), wo der Betrag der Zehnten ein sehr bedeutender war, indem der jährliche Werth auf 2,545,000 fl. berechnet wurde [245]), hatte die Gesetzgebung von 1806—1808 und das Landrecht von 1809 Art. 710 a. — 710 k. a. die Zehntverhältnisse gesetzlich geregelt. Im Jahre 1831 wurde aber der Antrag gestellt, die Zehnten abzuschaffen, wofür sich auch die zweite Kammer erklärte, während die erste den Gesetzentwurf ablehnte [246]). Durch Gesetz vom 28. December 1831 wurde indessen der Neubruchzehnte aufgehoben und für den Blutzehnten unter Anberaumung einer Frist ein Ablösungsmaaßstab bestimmt. Bereits am 15. November 1833 folgte sodann das Gesetz über Ablösung aller Zehnten, indem den Berechtigten der zwanzigfache Betrag der jährlichen Leistung zugewiesen wurde, wovon aber die Staatskasse den fünften Theil übernahm. Zur Ausführung folgten dann verschiedene andere Gesetze und Einrichtungen.

Dieser Vorgang und der der Landeskultur dadurch erwachsene Vortheil war von bedeutendem Einflusse auch auf andere Länder, in welchen übrigens zum Theil schon früher ähnliche Gesetze erlassen waren, welche

---

241) Permaneder, Kirchenrecht S. 879.

242) Müller a. a. O. S. 751 flg., 756 flg. Vgl. Kröncke, über Aufhebung, Ablösung und Verwandlung der Zehnten u. s. w. Darmstadt 1831.

243) Müller a. a. O. S. 764.

244) S. Regenauer, über die Verwaltung der landesherrlichen Zehnten im Großh. Baden und über die Verwandlung der Zehnten in ständige Renten. Karlsruhe 1829. Birnbaum, über den Ursprung der Zehnten. Karlsruhe 1831 und die in demselben Jahre zu Bonn erschienene zweite Schrift desselben, über welche oben ausführlich berichtet ist und die durch die in Baden beantragte Zehntablösung veranlaßt wurde. K. S. Zachariä, die Aufhebung, Ablösung und Umwandlung der Zehnten nach Rechtsgrundsätzen betrachtet. Mit Rücksicht auf die Verhandlungen des badenschen Landtages vom J. 1831. Heidelberg 1831. — Babo und Rau, über die Zehntablösung. Heidelberg 1831. — v. Vogelmann, die Zehntablösung im Großh. Baden, ihr Fortgang und ihre Folgen. Karlsruhe 1838.

245) Rau, Archiv der politischen Oekonomie Bd. 1, S. 289 flg.

246) S. die Note 174 cit. Lit., vgl. Müller a. a. O. S. 750.

Digitized by Google

jedoch die Kirchen und Schulen, die zum Theil auf Zehnten radicirt sind, besonders berücksichtigten und von den allgemeinen Maßregeln ausnahmen.

Seit 1848 ist jedoch in den meisten Gebieten ganz allgemein die Aufhebung durch Kapitalzahlung genehm gefunden.

In Württemberg, wo die Staatszehnten auf jährlich 1,212,000 Gulden, die Privatzehnten auf einen Kapitalwerth von 70 Millionen Gulden berechnet sind [247]), hatte die Gesetzgebung seit dem Anfange des jetzigen Jahrhunderts nur die Ablösung der Blut- und Rottzehnten bestimmt [248]). Durch Gesetz vom 17. Juni und 27. Juli 1849 ist die allgemeine Aufhebung bestimmt, den Pfarrern aber eine Entschädigung zugesichert, falls ein Drittel ihres Gesammteinkommens verloren ginge [248a]).

In Hannover entscheiden die Gesetze vom 10. November 1831 und 23. Juli 1833; im Königreich Sachsen vom 17. März 1832, 21. Juli 1846, 11. November 1850; in Sachsen-Koburg vom 25. Januar 1849; in Meiningen vom 5. Mai 1850; in Schwarzburg-Rudolstadt vom 27. April 1849 und 23. Februar 1855; in Anhalt-Dessau-Köthen vom 22. Januar 1855 (wo Sistirung ausgesprochen ist).

In Oesterreich sind für die einzelnen Kronländer besondere Bestimmungen gegeben, zur Ausführung des Manifestes vom 7. September 1848 und der Gesetze vom 4. und 7. März 1849. Von Seiten des römisch-katholischen Episkopats wurde dagegen Protest erhoben und darauf durch das Concordat vom 18. August 1855 Artikel XXXIII der Kirche eine Sicherstellung gewährt. Die bereits aufgehobenen Zehnten werden nicht wieder hergestellt, doch sollen dieselben, wo sie noch bestehen, erhalten, die aufgehobenen aber durch Bezüge aus liegenden Gründen oder versichert auf die Staatsschuld angewiesen und den früher Berechtigten verabfolgt werden, und zwar mit demselben Rechte, wie die Zehnten selbst, an deren Stelle diese Bezüge treten.

In Lippe war das frühere Gesetz vom 4. September 1838 durch die Verordnung vom 30. November 1849 modificirt worden; doch ist die letztere als nachtheilig unterm 26. August 1857 wieder aufgehoben.

In Preußen [249]) war bei der Aufhebung und Ablösung der Reallasten seit der Gesetzgebung von 1807 (Edict vom 9. October über

---

247) Hoffmann, die württemberg. Domanialverwaltung S. 103. Augsburger allg. Zeitung 1845 Nr. 188.

248) Müller a. a. O. S. 741 flg.

248a) Vgl. den Consistorialerlaß v. 8. August 1856, betreffend die Entschädigung der von den Ablösungsgesetzen betroffenen Kirchendiener und Kirchenstellen, in v. Moser, allgemeines Kirchenblatt für das evangel. Teutschland 1856 S. 579.

249) Die vollständigen Materialien bieten die stenographischen Berichte über die Verhandlungen beider Häuser des Landtages seit 1850.

Digitized by Google

den erleichterten Besitz und freien Gebrauch des Grundeigenthums ꝛc.), 1811 (Edict vom 14. September zur Beförderung der Landeskultur ꝛc.), 1821 (Ablösungsordnung vom 7. Juni) u. a. m. auf das Interesse der geistlichen, Schulanstalten und milden Stiftungen vorzügliche Rücksicht genommen und bei diesen die Ablösung nur ausnahmsweise gestattet. Durch das Gesetz vom 2. Mai 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten u. s. w. wurde dagegen die Möglichkeit der Ablösung allgemeiner und unter billigeren Voraussetzungen für zulässig erklärt, für Kirchen und Schulen wurden aber durch §. 6 und §. 65 des Gesetzes vortheilhaftere Bedingungen gestellt und die künftige definitive Ablösung der den Kirchen, Pfarren, Küstereien und Schulen zustehenden Reallasten einem besonderen Gesetze vorbehalten. Bis dahin sollten die diesen Instituten zu leistenden Geldrenten ihnen direct entrichtet werden. Ehe das neue Gesetz zu Stande kam, erhoben sich dagegen viele Stimmen, indem die wechselnden und steigenden Preise der Lebensmittel den gedachten Anstalten große Verluste drohten, und es erfolgte die Sistirung durch Verordnung vom 13. Juni 1853, welche auch die Zustimmung beider Kammern erhielt [250]). Um diese Angelegenheit definitiv zu regeln wurde 1855 ein neuer Gesetzentwurf vorgelegt, welcher die Fortdauer der Naturalbezüge feststellte und in dem Gesetze vom 15. April 1857, betreffend die Ergänzung und Abänderung des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 bezüglich der Ablösung der den geistlichen und Schulinstituten sowie den frommen und milden Stiftungen ꝛc. zustehende Reallasten seinen Abschluß erhielt [251]). Die festen Abgaben in Körnern sowie feste Leistungen an Holz- und Brennmaterial werden in der bisherigen Weise fortentrichtet. Der Jahreswerth der übrigen zur Ablösung kommenden Reallasten wird in eine feste Roggenrente verwandelt, welche aber nicht in natura, sondern in Gelde nach dem jährlichen Marktpreise abzuführen ist. Eine Kapitalablösung ist nur im Wege der freien Vereinigung der Betheiligten unter Zustimmung der Vorsteher und der Oberaufsichtsbehörde der berechtigten Institute zulässig. — Durch Gesetz vom 28. Mai 1860, betreffend die Ablösung der Reallasten in den hohenzollernschen Landen ist das Gesetz von 1857 mit gewissen Modificationen auch auf Hohenzollern übertragen [252]).

H. F. Jacobson.

Zurechnung (Imputation) [1]). Einleitung. Die Ansichten über Zurechnung werden in den verschiedenen Zeiten und Gesetz-

250) Gesetzsammlung von 1853 S. 324, von 1854 S. 70.

251) Gesetzsammlung von 1857 S. 363 flg., auch in v. Moser's allgem. Kirchenblatt für das evangel. Teutschland 1857 Nr. 19, S. 193 flg.

252) Gesetzsammlung von 1860 S. 221 flg.

1) Die Schriften über diese Lehre sind sehr zahlreich. Vgl. darüber im allgemeinen Böhmer, Handb. der Literatur des Criminalrechtes S. 800 flg. Hervorzuheben sind folgende Schriften: Klein, über die Schätzung des Menschen und seiner Handlungen in politischer, moralischer und rechtlicher Hinsicht, als Einleitung in die Lehre von der rechtlichen Zurechnung, im Archiv des Cri-

Digitized by Google

gebungen verschieden sein, je nachdem man von verschiedenen Ansichten über die Principien des Strafrechtes, insbesondre ob die Strafe auf Gerechtigkeit gebaut oder Abschreckung, Sicherung u. s. w. bezweckt wird, ausgeht, ferner würdigere oder gemeinere Ansichten von der menschlichen Natur hat, welche Vorstellungen von dem Verhältniß des Geistes und von dem Wesen der menschlichen Freiheit in einer Zeit herrschend sind, und welche Erfahrungen über Seelenstörungen vorkommen. Das römische Recht, in welchem der Ausdruck imputare als gleichbedeutend mit Zurechnen vorkommt[2]), schloß sich an sehr ungenügende Vorstellungen der ärztlichen Schriftsteller an[3]). Die Nothwendigkeit, darauf zu sehen, ob die Handlung ein Product des freien Willens des Handelnden sei, schwebte den römischen Juristen vor[4]). Erst durch das kanonische Recht und die Schriftsteller Italiens sind würdigere Ansichten in das Strafrecht gekommen, weil man nicht blos die äußere That, sondern auch das Innere und die Schuldhaftigkeit berücksichtigte. Im germanischen Rechte konnten nach der Art des alten Strafrechtes, wenn auch einzelne auf Prüfung des Willenszustandes deutende Ansichten vorkommen, nach der Rücksicht auf die compositio die heutigen Ansichten von Zurechnung nicht vorkommen[5]). Erst die Verbreitung der Ansichten der italienischen Juristen veranlaßte bessere Ansichten über die Zurechnung. Wir gehen nun zur Darstellung der Lehre von der Zurechnung selbst über.

---

minalrechtes Bd. IV, St. 4, Nr. 2. Derselbe, vorläufige Bemerkungen über die Zurechnung der Verbrechen zur Strafe, ebd. Bd. II, St. 4, Nr. 4. Derselbe, von der Zurechnung der Verbrechen zur Strafe, nach dem gesunden Menschenverstande, ebd. Bd. IV, St. 3, Nr. 2. Derselbe, über die Befugniß und Fähigkeit des Criminalrichters, den moralischen Werth oder Unwerth einer Handlung zu erforschen, ebd. Bd. V, St. 3, Nr. 8. Höcker, über das oberste Princip der Strafwürdigkeit. Würzburg 1803. Feuerbach, Revision der Grundbegriffe des Criminalrechtes Bd. 2, Cap. 6, 7. Horscher von Almendingen, Darstellung der rechtl. Imputation. Gießen 1803. v. Globig, Entwurf eines Maaßstabes der gesetzlichen Zurechnung und der Strafverhältnisse. Dresden 1808. Kleinschrod, Grundzüge von der Lehre der Zurechnung der Verbrechen, im N. Archiv des Criminalr. Bd. 1, Nr. 1. Jarke, von der Zurechnung, in Hitzig's Zeitschrift Bd. 11, S. 82 flg. Bd. 12, S. 35. Hepp, die Theorie von der Zurechnung und den Milderungsgründen nach dem württemberg. Entwurf. Heidelberg 1836. Berner, Grundlinien der criminal. Imputationslehre. Berlin 1843.

2) L. 11. pr. D. 9. 2. L. 9. D. 20. 5. L. 14. §. 4. D. 21. 1. Coll. leg. Mos. et Rom. Tit. X. §. 9.

3) Ueber die Ansichten der römischen Aerzte und Juristen über Geisteskrankheiten siehe van de Broecke (zwei Brüder), de Uitoefening der geregte lyke Geneeskunde in Nederland (Utrecht 1845) p. 296—306.

4) Daher ihre Ausdrücke: „doli capax non est" (L. 23. D. 47. 2.); „dolus in eum aetatem non cadit" (L. 22. D. 48.); „nulla voluntas est" (L. 40. D. 40. 17.)

5) Siehe zwar Wilda, Strafrecht der Germanen II, S. 155 u. 544; dagegen aber Trummer, Vorträge über Tortur, Hexenverfolgung H. 2, S. 315. Aus den geschichtlichen Nachweisungen bei Letzterem S. 392 ergiebt sich, daß man unsere Aufhebungsgründe der Zurechnung nicht berücksichtigte.

Digitized by Google

I. Begriff der Zurechnung; imputatio facti und iuris; juristische und moralische Zurechnung. Da Strafe nur für das vernünftige Bewußtsein im Menschen, wodurch sie als rechtliche Folge an das vorausgegangene Verbrechen geknüpft wird, Bedeutung hat, und da sie nur aus dem freien Willen des Bestraften ihre Wirksamkeit entlehnen kann, so muß die objectiv auf Verletzung des Rechtes gerichtete Handlung, wenn sie mit Strafe belegt werden soll, aus der Freiheit des Handelnden abgeleitet, d. h. ihm zugerechnet werden können. Obgleich man nämlich unter Zurechnung im weiteren Sinne nur das Urtheil versteht, daß Jemand Urheber einer That sei, gleichviel, ob er sich mit Willkür dazu bestimmte oder unwillkürlich, blos durch Körperkräfte, eine Veränderung in der Außenwelt hervorbrachte (sog. imputatio facti), so enthält doch die Zurechnung im engeren und eigentlichen Sinne das Urtheil, daß eine bestimmte That in der Freiheit ihres Urhebers ihre Ursache habe (sog. imputatio iuris) [6]). Willensfreiheit ist demnach Bedingung der Zurechnung einer Handlung und somit ihrer Bestrafung [7]). Die Richtigkeit

---

6) Gegen diese Unterscheidung von imputatio facti und iuris erklärt sich als werthlos mit Recht Köstlin, Revision der Grundbegriffe des Criminalrechtes S. 138 flg.

7) Es ist ein vergebliches Bemühen, aus der Zurechnungslehre die Forschung über Willensfreiheit zu verbannen. Mag auch der Gesetzgeber in dem Gesetzbuche nicht von Freiheit sprechen, so muß er doch davon ausgehen, daß es keine Zurechnung ohne Freiheit giebt. Man zerstört die Würde der sittlichen Natur des Menschen, wenn man nicht Freiheit als Antheil dieser Natur zum Grunde legt. Es bedarf dabei der Prüfung des Wesens des menschlichen Willens und seines Verhältnisses zum Entschlusse. Die Ansichten über Zurechnung mußten verschieden sein nach den Vorstellungen über Freiheit des Willens. Man kann hier unterscheiden 1) die frühere Freiheitstheorie (z. B. nach den Ansichten von Feder über den menschlichen Willen Bd. 1, Cap. 1, §. 6 vgl. mit Kleinschrod, Grundbegriffe I, §. 44. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 20, §. 16, 18), nach welcher Freiheit das Vermögen ist, unabhängig von jeder sinnlichen Einwirkung von Natursachen selbstthätig sich zu Etwas zu bestimmen. 2) Die Ansicht Feuerbach's, welcher die Freiheit nicht als Princip der Zurechnung anerkennt, und in den älteren Auflagen seines Lehrbuches des peinlichen Rechtes bis zur neunten als Bedingung der Zurechnung nur eine Gemüthseigenschaft fordert, in welcher die psychologische Möglichkeit der Wirksamkeit des Strafgesetzes begründet ist, während er in den letzten Auflagen zwar diese Forderung wegließ, jedoch wieder von Freiheit zu sprechen unterließ. Die frühere Ansicht Feuerbach's war consequent mit seiner Abschreckungstheorie ausgebildet, weil nur da, wo das Strafgesetz nicht wirken kann, eine Zurechnung nicht möglich schien. In den späteren Auflagen war Feuerbach noch beherrscht von seiner Abschreckungstheorie und seiner Ansicht, daß die Freiheit nicht in das Strafrecht gehöre; allein in der im §. 84 seines Lehrbuches aufgestellten Rücksicht, daß die Anwendung des Strafprocesses bedingt sei durch einen gesetzwidrigen Willen als psychologische Ursache des Verbrechens, war schon die Anerkennung ausgesprochen, daß es auf die Erforschung des Willenszustandes des Handelnden ankommt. 3) Die Ansicht von Heinroth, System der psychischen Medicin S. 74, nach welcher Freiheit als Kraft, von der Freiheit als Zustand getrennt wird. 4) Die Ansicht von Groos (Betrachtungen über moralische Freiheit und Unsterblichkeit,

Digitized by Google

dieses Grundsatzes ist freilich oft bezweifelt worden. Der Determinismus, welcher die Freiheit leugnend, auch das menschliche Wollen und Vollbringen dem Causalitätsgesetze unterwarf, und der kritische Idealismus, welcher die Freiheit dem Menschen der Erscheinung absprach und sie nur dem intelligibeln Menschen zugestand, haben beide gleich sehr gewirkt, der Freiheitstheorie auf dem Gebiete des Criminalrechtes Widersacher zu erwecken. Es haben auch hier, wie auf anderen Gebieten des Wissens, die in gewissen Zeitpunkten herrschenden philosophischen Ansichten und Lehren einen unabweislichen Einfluß geübt. Als in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts der in Frankreich herrschende Materialismus auch in Teutschland hin und wieder sich verbreitete, wurde von dieser Lehre auch im Criminalrechte Anwendung gemacht, zumal in einer Zeit, in welcher es Mode des Tages geworden war, über die Barbareien der Criminaljustiz laut die Stimme zu erheben. Es ist nämlich zu bewundern, daß man aus dieser Lehre nicht alle die Folgen

---

Tübingen 1818; vgl. mit seiner Schrift: Entwurf einer philosophischen Grundlage für die Lehre von den Geisteskrankheiten. Heidelberg 1827), welcher den Freiheitssinn oder Freiheitstrieb von der wirklichen Freiheit trennt. S. dagegen Vaillant, de libera voluntate ad delictum necessaria (Amstelod. 1837.) pag. 69. S. noch Groos, der Skepticismus der Freiheitslehre in Beziehung auf strafrechtliche Theorie. Heidelberg 1830. Diese Theorie nennt Mittermaier zu Feuerbach's Lehrbuch §. 85 rationalen Begriffsdeterminismus, zur Unterscheidung von dem gewöhnlichen materialistischen Determinismus. S. über diese Ansicht Hepp, Darstellung der Strafrechtstheorie Bd. 2, S. 623—645. 5) Das phrenologische System. Vgl. darüber Attomyr, Theorie der Verbrechen auf Grundsätze der Phrenologie basirt. Leipzig 1842. Struve in Jagemann's Zeitschrift für Strafverfahren Bd. 3, S. 161. Derselbe, über Todesstrafen, Behandlung der Strafgefangenen und Zurechnungsfähigkeit mit Rücksicht auf den badenschen Entwurf. Heidelberg 1843, und gegen Willensfreiheit Scheve in der Zeitschrift für Phrenologie Heft 2, S. 211. Vgl. dagegen Hepp, Darstellung der Strafrechtstheorie Bd. 2, S. 646. Mittermaier im N. Archiv des Criminalrechtes Bd. 4, S. 413. Derselbe, die Strafgesetzgebung Bd. 2, S. 15, 164. 6) Die Ansicht derjenigen (z. B. Weber, Handb. der psychischen Anthropologie S. 294 und Clarus, Beiträge zur Erkenntniß und Beurtheilung zweifelhafter Seelenzustände, Leipzig 1828, S. 19), welche nicht die Freiheit, sondern nur die Willkür als Bedingung der Zurechnung aufstellen. Siehe dagegen Roller in Schneider's Annalen der Staatsarzneikunde Bd. 4, S. 425. Die Grundlosigkeit der Feuerbach'schen Ansicht, welche eigentlich nur eine Folge seiner Abschreckungstheorie ist, und Alles von der Allmacht des Strafgesetzes und der Drohung desselben erwartet, ist schon früh nachgewiesen worden (zuerst durch Klein im Archiv des Criminalr. Bd. 2, Nr. 1. Bd. 4, Nr. 4 und in seinen Grundsätzen des peinlichen Rechtes §. 116 flg., später vorzüglich von Thibaut, Beiträge zur Kritik der Feuerbach'schen Theorie S. 37. Hacker, über das oberste Princip der Strafwürdigkeit. Würzburg 1803) und jetzt allgemein anerkannt. Derstedt, Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 129. Rossi, traité de droit pénal Tom. II. p. 107. Heinroth in Hitzig's Zeitschrift Heft 40, S. 220. Friedreich, Handb. der gerichtl. Psychologie S. 91. Jarke in Hitzig's Zeitschrift Heft 21, S. 88 flg. Mohl, über den Zweck der Strafe S. 71. Hepp, angef. Darstellung S. 229. Köstlin, Revision der Grundbegriffe des Criminalrechtes S. 139. Berner, Imputationslehre S. 34.

Digitized by Google

für die Zurechnungslosigkeit und Nichtstrafbarkeit der Verbrecher zog, welche man doch mit strenger Folgerichtigkeit daraus hätte ziehen können. Denn wenn der Wille ein gebundener ist, wenn er durch verborgene, nicht zum Bewußtsein gelangende Gründe bestimmt wird, so kann man nicht von Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit reden. Doch auch hier schloß man sich wieder an französische Muster an, welche die Inconsequenz so weit getrieben hatten, neben der Unfreiheit des Willens wegen der Herrschaft sinnlicher Triebe doch auch die Möglichkeit einer Bestimmung des Willens durch die Vorstellung einer angedrohten Strafe anzunehmen, (als ob nicht die Macht der Sinnentriebe die leere Vorstellung der Strafe überwinden müßte) und von Strafe zu reden, wo unter Voraussetzung jener Unfreiheit des Willens doch nur eine thierische Züchtigung oder ein bloßer Mechanismus der Staatsmaschine, welche das ihrem Getriebe Entgegenstehende zermalmt und vernichtet, übrig bleibt. Eben dieser Mangel an Folgerichtigkeit fällt denjenigen zur Last, welche die Lehren des kritischen Idealismus auf das Criminalrecht anzuwenden versuchten. Denn wenn Willensfreiheit nur ein Attribut des transscendentalen Ich ist, wenn der Mensch der Erscheinung nur dem Gesetze der Sinnlichkeit gehorcht, so kann man ohne Verletzung der Gerechtigkeit diesen Letzteren nicht für dasjenige büßen lassen, was doch nur das Erste verbrochen hat. Es ist dann wenigstens nicht Strafe, was man über den Fehlenden verhängt, sondern wieder nur eine thierische Züchtigung. Denn selbst von einer willkürlichen Bestimmung zum Verbrechen kann nicht gesprochen werden, wenn der Mensch der Herrschaft der Sinnentriebe unterliegt; vielmehr ist jede verbrecherische That als ein Erzeugniß der Nothwendigkeit zu betrachten, so daß man mit sich selbst in Widerspruch kommt, wenn man, jene Herrschaft einräumend, an die Möglichkeit einer Abschreckung denkt, deren Unmöglichkeit jede wirklich gewordene Rechtsverletzung laut bezeugt. Somit steht der Satz fest: Freiheit, als das Vermögen vernünftiger Wesen, sich der Herrschaft der Sinnlichkeit zu entziehen, und ihr Thun und Lassen der Idee des Sittlich-Guten unterzuordnen, ist die nothwendige Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit und somit der Strafbarkeit. Ob man nun diese Freiheit blos postulire, indem man sie als das Ursprüngliche und nicht weiter zu Erklärende darstellt, von welchem alles Philosophiren anhebt und ausgeht, oder ob man die Annahme derselben dadurch zu rechtfertigen versuche, daß ohne sie die Gebote des Sittengesetzes bedeutungslos sein würden, oder ob man endlich sie darthue als das Wesen und die Wahrheit der Intelligenz; alles das kann dem Criminalisten gleichgiltig sein, dem mit der Freiheit die Begriffe von Recht und Strafe verschwinden würden und der, wenn die Freiheit menschlicher Handlungen auch bewiesen werden könnte, diesen Beweis doch voraussetzt. Die Einwendungen, welche Feuerbach[8]

8) Revision Bd. 2.

Digitized by Google

vom Standpunkte des kritiſchen Idealismus gegen die Annahme der Freiheit gemacht hat, ergeben ſich als unhaltbar. Wird z. B. geſagt: es könne in der Rechtslehre durchaus nicht die Rede ſein von transſcendentaler Freiheit oder dem Vermögen, abſolute Urſache äußerer Erſcheinungen zu ſein, weil eine durch nichts bedingte, von keiner anderen Cauſalität abhängige Urſache in keiner Erfahrung vorkommen könne, ſo iſt dagegen zu erwiedern, daß die Freiheit, als das Abſolute und Unendliche, freilich in dem Gebiete der Erſcheinung keine Realität hat, weil dieſe abſolute Freiheit mit der Nothwendigkeit Eins und daſſelbe iſt; daß aber außer dieſer abſoluten Freiheit es noch eine andere erſcheinende, die Willkür, giebt, in welcher die erſtere allein zum Bewußtſein gelangen kann, indem ſie die Möglichkeit iſt, entweder ſich ſelbſt zu beſtimmen oder ſich beſtimmen zu laſſen. Sowie es alſo keinen abſoluten Gegenſatz zwiſchen Freiheit und Natur geben kann, ebenſo wenig kann auch der Menſch in eine ſinnliche und in eine überſinnliche Hälfte getheilt werden; er iſt Beides zugleich und durcheinander, und nur durch dieſe Verſchmelzung zweier Weſen Das, was er iſt, Menſch. Man kann nicht etwa dem überſinnlichen Menſchen allein Freiheit zugeſtehen und dem ſinnlichen ſie abſprechen, ohne den Begriff des Menſchen zu zerſtören. Nur inſofern der Menſch Naturweſen iſt, läßt ſich ihm vielmehr Freiheit zuſchreiben; denn nur als ſolches kann er entweder ſich von der Natur beſtimmen laſſen oder durch die Vorſtellung der Geſetzmäßigkeit ſich ſelbſt beſtimmen; eine Möglichkeit, welche nicht vorhanden iſt, wenn man ſich den Menſchen nur als überſinnliches Weſen oder nur als ſinnliches Weſen und nicht als Beides zugleich denkt. Wenn daher ferner behauptet wird, die bürgerliche Strafe laſſe ſich gar nicht als möglich denken, wenn man nicht den Menſchen als ein Naturweſen betrachte, welches dem Einfluſſe der Natururſachen unterworfen ſei; ſie ſei undenkbar, wenn ſie auf den Menſchen, inſofern er freie Urſache iſt, bezogen werde; ſo leuchtet nunmehr nicht nur die Unſtatthaftigkeit dieſer Behauptung von ſelbſt ein, ſondern auch die Richtigkeit der geradezu entgegengeſetzten Anſicht, nach welcher die Strafe als unmöglich erſcheint, wenn man den Menſchen als rein ſinnliches Weſen betrachtet. Denn ein ſolches kann nicht geſtraft werden für Handlungen, welche es nach dem Geſetze ſeiner ſinnlichen Natur unternehmen mußte. Selbſt das, was gewöhnlich Willkür von den Criminaliſten genannt wird, würde, wenn auch die Handlung darin ihren Grund hätte, doch nicht als Rechtfertigungsgrund der Strafe gelten können. Denn was es mit dieſer gewöhnlich ſogenannten Willkür für eine Bewandtniß habe, ergiebt Feuerbach's Beſchreibung derſelben, welcher übrigens nach der Conſequenz ſeiner Abſchreckungstheorie dieſe Willkür nicht etwa für unzureichend zur Beſtrafung, ſondern im Gegentheil für eine ſehr entbehrliche Vorausſetzung zu derſelben zu erklären ſich genöthigt ſieht. „Wir haben," bemerkt Feuerbach, „ein Vermögen in uns, welches wir das Begehrungsvermögen nennen und welches

Digitized by Google

darin besteht, daß wir uns zu der Realisirung eines Objectes einer Vorstellung bestimmen können. Es zerfällt theils in Hinsicht auf das Object und den objectiven Grund, theils in Hinsicht auf die Art des Begehrens selbst in verschiedene Arten. Nach der ersten Rücksicht ist es entweder das obere oder das untere Begehrungsvermögen. Das Object und der Zweck bei dem niederen Begehren ist ein sinnlicher Gegenstand; der objective Grund desselben aber ist die Vorstellung von der Eigenschaft des zu realisirenden Objectes, vermöge welcher es ein angenehmer Gegenstand unseres Gefühlsvermögens ist. Hier wird also das Begehrungsvermögen dadurch in Thätigkeit gesetzt, daß der Gegenstand der Vorstellung zu den sinnlichen Gütern gehört, und bezogen auf das Gefühlsvermögen, diesem ein Object der Lust ist und das nothwendige Streben nach Glückseligkeit befriedigt. Hierdurch unterscheidet es sich von dem oberen Begehrungsvermögen, dessen Object kein sinnlicher Gegenstand ist, sondern die Vorstellung des absolut, schlechthin durch sich selbst Guten, und dessen Triebfeder die Achtung für das Gesetz ist, welches uns die Realisirung des absoluten Gutes auferlegt. Dieses obere Begehrungsvermögen ist der reine Wille, die reine praktische Vernunft selbst, die sittlich freie Willkür. Von ihm kann aber nicht in der Rechtswissenschaft, am wenigsten im Criminalrechte geredet werden. Denn hier kommt es nicht auf Moralität, nicht auf reine Bestimmungsgründe des Begehrens, nicht auf die Form desselben, hier kommt es lediglich auf die Handlungen selbst, ohne alle Beziehung auf die rein sittliche Gesinnung, hier kommt es blos auf die Materie des Willens an. Aeußerst wichtig hingegen und von praktischen Folgen ist für das peinliche Recht die Unterscheidung des thierischen Begehrens und des verständigen Begehrens, beide als besondere Arten des niederen Begehrungsvermögens betrachtet. Hier wird der Unterschied nicht durch den objectiven Grund des Begehrens, sondern durch die Art des Begehrens selbst bestimmt. Durch beide suchen wir angenehme Gefühle zu erlangen, beide determiniren sich um dieses Angenehmen willen (denn wir betrachten sie hier blos als Arten des unteren Begehrens); aber die Wirksamkeit dieser beiden Vermögen, die Art, wie sich diese Kräfte unseres Geistes in Thätigkeit setzen und das Begehren hervorbringen, die Umstände, unter welchen die übrigen Gemüthskräfte nach deren Wirksamkeit sich determiniren, dies ist in beiden wesentlich verschieden. Bei dem thierischen Begehren werden wir durch einzelne sinnliche Vorstellungen und unmittelbare Eindrücke, und zwar ohne Dazwischenkunft des vergleichenden und wählenden Verstandes bestimmt; bei dem verständigen Begehren (welches wir immer schon jetzt bei seinem wahren Namen, Willkür, nennen können), werden wir bestimmt durch Begriffe des Verstandes, der nach allgemeinen Regeln und Grundsätzen das Mannichfaltige der möglichen sinnlichen Zwecke ordnet, und mit diesen Regeln und Grundsätzen die wirklichen Zwecke vergleicht. Eine Handlung, welche in der Willkür

Digitized by Google

ihren Grund hat, geschieht daher immer mit Ueberlegung und Wahl; ein Act des thierischen Begehrens geschieht ohne Wahl und Ueberlegung, auf den unmittelbaren Eindruck einer einzelnen sinnlichen Vorstellung“ [9]). Folgt man dieser von Kant entlehnten Darstellung des Begehrungsvermögens, so leuchtet zuvörderst ein, daß der von Feuerbach sogenannte reine Wille von der Betrachtung gänzlich ausgeschlossen werden muß. Das obere Begehrungsvermögen kann nicht Willkür sein, weil es durch die innere Nothwendigkeit seines Wesens bestimmt wird und weil es deshalb für dasselbe keine Wahl giebt. Aber auch die beiden angeblichen Arten des unteren Begehrungsvermögens sind von der Willkür sehr verschieden. Von dem thierischen Begehren wird dies ausdrücklich eingestanden; mit unwiderstehlicher Gewalt, ohne Ueberlegung und ohne Wahl wird es durch einen unmittelbaren Eindruck, durch die Macht einer sinnlichen Vorstellung bestimmt. Mit dem verständigen Begehren verhält es sich aber auch nicht anders. In Ansehung des Objectes unterscheidet es sich nicht von dem thierischen; nicht minder, als dieses, wird es aber durch einen sinnlichen Gegenstand bestimmt, und der einzige Unterschied, welcher zwischen beiden stattfindet, besteht darin, daß das thierische Begehren durch eine einzelne sinnliche Vorstellung bestimmt wird, das verständige dagegen sich mit Ueberlegung und Wahl für den einen oder den anderen unter mehreren sinnlichen Gegenständen bestimmt. Also bleibt auch das verständige Begehren immer in den Schranken der Sinnlichkeit eingeschlossen; über dieselben kann es nicht hinaus, so gewiß es blos das niedere Begehrungsvermögen ist; es giebt also zwar wohl eine Wahl für dasselbe, aber innerhalb dieser Schranken. Von wahrer Willkür, welche sich entweder durch sinnliche Vorstellungen bestimmen läßt oder durch die Vorstellung der Gesetzmäßigkeit sich selbst bestimmt, ist daher auch hier nicht die Rede. Sowie das obere Begehrungsvermögen nur dem Gesetze seiner Natur gehorcht, sowie es für dasselbe kein Soll, sondern ein Muß giebt: ebenso verhält es sich auch mit dem niederen. Wie will man nun dasjenige bestrafen, was der Mensch nach dem Gesetze seiner sinnlichen Natur vollbracht hat? Kann er nur wählen zwischen Sinnlichem, nicht zwischen contradictorisch Entgegengesetztem, so kann man ihn nicht verantwortlich machen dafür, daß er sich eher bestimmen ließ von der Vorstellung der Lust des Verbrechens, als von der Vorstellung der Unlust der Strafe, da man sich vielmehr nur selbst anklagen sollte, daß man diese letztere Vorstellung nicht zur überwiegenden zu machen verstand. Und fand dann hier eine eigentliche Wahl statt? Ein Wesen, welches nicht über die Schranken der Sinnlichkeit hinaus kann, wird immer von demjenigen Eindrucke beherrscht werden, welcher der erste ist, und alle Ueberlegung wird davon zurückgedrängt werden. Und wenn auch

9) Feuerbach a. a. O. Bd. 2, S. 146 flg. S. dagegen Henke, Handb. des Criminalr. Bd. 1, S. 297 flg.

Digitized by Google

der Gedanke der Strafe vor die Seele träte, so ist es doch nicht möglich, daß der bloße Begriff eines noch dazu ungewissen Uebels die sinnliche Lust überwältige, welche zum Verbrechen hintreibt. Sowie es nun aber klar ist, daß, wenn die Furcht vor der gedrohten Strafe den Antrieb zu Begehung des Verbrechens überwände und entkräftete, derjenige, welcher zum Verbrechen versucht war, sich deshalb kein Verdienst zuschreiben könnte, indem er ja nur dem Antriebe seiner Sinnlichkeit unterlag; ebensowenig kann offenbar ihm eine Schuld beigemessen werden, wenn die Drohung der Strafe zu ohnmächtig war, den zum Verbrechen antreibenden Reiz zu überwinden; denn wiederum hat er ja nur dem Gesetze seiner Sinnlichkeit, über welches er nicht Gewalt hatte, gehorcht. In der That ist es zu verwundern, wie Feuerbach die Strafe, auch nur in der Form eines psychologischen Zwanges, für möglich halten konnte, da er den Menschen in einen Gott und in ein Thier zerspalten hatte, und da für Beide keine Willkür stattfinden kann. So stehen wir denn auf dem Punkte, wo der obige gegen die Freiheit gerichtete Einwurf der Unmöglichkeit der Strafe unter Voraussetzung der Freiheit des Menschen zurückgewendet werden kann gegen diejenigen, welche den Menschen im Gebiete des Rechtes als ein rein sinnliches Wesen betrachtet wissen wollen. Stehen Freiheit und Sinnlichkeit unvermittelt einander gegenüber, so ist das Strafrecht aufgehoben. Der Mensch ist nur frei, insofern er zugleich Sinnenwesen ist; denn nur auf solche Weise ist ein Vermögen der Wahl zwischen Entgegengesetztem denkbar, und er ist nur strafbar wegen Verbrechen, insofern er Beides zugleich ist. Mit Recht bemerkt daher Oersted[10]): „Strafgesetze können nur auf freie Handlungen sich beziehen; denn wo es nicht von des Schuldigen freiem Beschlusse abhing, nach Gutdünken die Handlung zu unterlassen, welcher der Staat vorzubeugen wünscht, da kann auch nicht die Drohung des Strafgesetzes irgend einen Einfluß äußern. Zwar sagt man noch, daß die Drohung des Strafgesetzes wirkungslos sein würde, wenn der Mensch mit einem Vermögen begabt wäre, ganz aus innerer Bewegung, ohne Rücksicht auf sinnliche Furcht und Hoffnung zu handeln. Allein die Freiheit, für welche die Rechtswissenschaft und Sittenlehre Gesetze geben, ist nicht jene gänzliche Unabhängigkeit von äußeren Ursachen, welche sich allein bei dem höchsten Wesen findet. Eine solche Freiheit kann sich nie von dem Grundgesetz der Vernunft, die für sie zugleich das Naturgesetz ist, entfernen; sie bedarf es auch nicht, durch Gesetze an Pflicht und Recht gebunden, oder durch äußere Einwirkungen innerhalb der Grenzen dieser Gesetze gehalten zu werden. Nur auf die beschränktere menschliche Freiheit (Willkür), die, wenn sie gleich das Vermögen, alle äußeren Antriebe zu besiegen, besitzt, doch sich selbst oft von ihnen abhängig macht, kann Pflicht, Gesetz, Belehrung, Strafe und Belohnung wirken. Durch den einen oder den anderen sinn-

10) Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 132 flg.

Digitized by Google

lichen Antrieb wird sie verleitet, etwas dem Gesetz der Vernunft Widersprechendes zu wollen; denn ein unmittelbar auf das Vernunftwidrige als solches gerichteter Wille läßt sich bei einem menschlichen Wesen nicht denken. Allein jener zur Gesetzübertretung einladende sinnliche Antrieb wirkt nicht ausschließlich auf den Menschen; er kann entweder durch eine sittliche Kraft oder durch eine noch mächtigere sinnliche Triebfeder überwunden werden." — Ein dritter gegen die Freiheit, als Bedingung der Strafbarkeit menschlicher Handlungen erhobener Einwurf ist, daß diese geforderte Freiheit eine moralische Freiheit sei, welche schon durch ihren Namen daran erinnere, daß im Criminalrechte von ihr gar nicht die Rede sein könne. Schon in ihrer bloßen Bestimmung liege es, daß sie nur auf die moralische Gesinnung gehe. Sollte sie leitendes Princip der criminalrechtlichen Zurechnung sein, so würden die Grenzen zwischen Recht und Moral völlig verwischt werden. Es gebe zwei von einander völlig verschiedene Arten der Zurechnung, eine moralische und eine juristische[11]). Die erste gehe, bei der Zurechnung einer Handlung, auch in die Untersuchung der Triebfedern ein, welche zu derselben antrieben, und erkenne sie nur dann für gut, wenn sie nicht blos dem Sittengesetz angemessen, sondern auch lediglich aus Achtung für dasselbe, ohne Einmischung anderer minder edler Beweggründe unternommen worden sei; die juristische Zurechnung hingegen begnüge sich mit dem Urtheil, daß der Handelnde willkürliche Ursache einer äußeren Erscheinung sei. — Es sind bei der hier aufgestellten Behauptung eigentlich zwei Fragen zu unterscheiden; die erste ist: Können Sittlichkeit und Recht als zwei von einander völlig verschiedene Gebiete betrachtet werden? Die zweite Frage ist: Kann nur diejenige Handlung eine sittliche genannt werden, welche lediglich aus Achtung für das Sittengesetz, ohne Einmischung irgend eines anderen Beweggrundes unternommen worden ist? Die Beantwortung der ersten Frage liegt schon in demjenigen, was vorher über die Unmöglichkeit bemerkt worden ist, den Menschen in eine sinnliche und übersinnliche

11) Bei der Unterscheidung von juristischer und moralischer Zurechnung walten viele Mißverständnisse ob, vorzüglich weil man es versuchte (was niemals gelingen kann), beide Arten der Zurechnung dem Grundsatze nach entgegenzusetzen; weil man oft auch unter moralischer Zurechnung eine solche verstand, bei welcher man die Beweggründe des Handelnden erforschte und darnach die Strafe anwendete; weil man auch überhaupt die Frage über die Zurechnung mit der Frage über die Strafzumessungsgründe verwechselt. S. verschiedene Begriffe: Friedreich, Handb. der gerichtl. Psychologie (2. Ausg. 1842) S. 195. Abegg im neuen Archiv des Criminalr. Bd. 13, S. 366. Berner, Imputationslehre S. 46. Stahl, Philosophie des Rechtes Bd. 2, S. 139. Köstlin, Revision der Grundbegriffe des Criminalr. S. 142. Die neueren italienischen Criminalisten, z. B. Giuliani istituzioni I. p. 82., unterscheiden imputabilita morale, d. h. Eigenschaft der Handlung, abgeleitet von dem freien Willen, mit welchen sie verübt ist, und imputabilita politica, d. h. Eigenschaft der Handlung, nach welcher vermöge des positiven Gesetzes Jeder, welcher sie begeht, dafür so verantwortlich gemacht werden kann, daß er einer Strafe unterliegt.

Digitized by Google

Hälfte zu zerspalten, ohne den Begriff des Menschen überhaupt zu zerstören. Ist der Mensch nur frei, insofern er zugleich sinnlich ist (denn die absolute Freiheit ist eins mit der Naturnothwendigkeit) und der Sinnlichkeit unterworfen, nur insofern er frei ist (denn im Gegentheile wäre er Sclave der Naturnothwendigkeit), so ist es unmöglich, ihn nur im Gebiete der Moral als freies Wesen, und im Gebiete des Rechtes als Sinnenwesen zu betrachten. Die moralische Beurtheilung und Würdigung einer That kann sich ebenso wenig allein auf die Gesinnung beschränken, aus welcher sie hervorgegangen ist, als die juristische Beurtheilung auf den Körper der That, abgesondert von der Gesinnung; sondern beide, der moralische und der juristische Richter, müssen sie auf die Freiheit beziehen; denn sowohl in dem Gebiete des Rechtes, als in dem Gebiete der Moral ist der Mensch ein sittliches Wesen. Diejenigen, welche dieses zu leugnen und den Menschen im Gebiete des Rechtes blos als Sinnenwesen zu betrachten vermeinen, gestehen dieses auch, ungeachtet ihrer Verwahrungen dagegen, durch die That ein. Denn indem sie ein Sinnenwesen für strafbar erklären, können sie dieses doch nur deshalb, weil dasselbe seine Sinnlichkeit nicht bezähmt hat, was es aber doch nur unter Voraussetzung der Freiheit kann, sie müßten denn unumwunden erklären, daß der Verbrecher nur zur Abschreckung Anderer gestraft werde. Wäre also der Mensch ein rein übersinnliches Wesen, so könnte, weil er nicht anders handeln konnte, als er wirklich gehandelt hat, von einer Würdigung seiner Handlungen gar nicht die Rede sein; ebenso wenig aber, und zwar aus demselben Grunde, wenn er ein rein sinnliches Wesen wäre. Die Begriffe, welche man von einem moralischen und einem juristischen Richter gewöhnlich aufstellt, sind hiernach unhaltbar. Soll nämlich überall von einem Richten die Rede sein, so müssen Beide auf die Quelle der That zurückgehen, um zu untersuchen, ob sie eine freie oder eine unfreie sei, und ob also in Ansehung derselben eine Anrechnung derselben, eine Zurechnung zur Schuld stattfinde oder nicht. Das Einzige, worin sich Beide unterscheiden, ist, daß der juristische Richter aus dem Aeußern auf das Innere, aus der That auf die sittliche Schuld und auf den Grad derselben schließt, während der moralische Richter die That nach der Gesinnung richtet, aus welcher sie hervorgegangen ist. Der moralische Richter also entlehnt den Maaßstab der Strafe von dem Grade der Unsittlichkeit, der juristische nicht allein von der unsittlichen Gesinnung, sondern auch und zwar zunächst von der Beziehung der That zur Außenwelt. Der moralische Richter also würdigt und straft zunächst die Gesinnung und nur folgeweise die Unsittlichkeit. Insoweit, aber auch nur insoweit, ist allerdings ein Unterschied zwischen moralischer und juristischer Zurechnung. Noch größer müßte dieser Unterschied sein, wenn die zweite der obigen Fragen, ob nämlich nur diejenige Handlung eine sittliche genannt werden könne, welche lediglich aus Achtung für das Sittengesetz unternommen wurde, zu bejahen wäre. Zur Untersuchung dieser Frage ist aber hier der Ort

Digitized by Google

nicht und es genügt in Beziehung auf dieselbe die Bemerkung, daß, wenn es eine nach einer solchen Sittenlehre bestimmte moralische Zurechnung geben sollte, die juristische freilich sehr weit davon verschieden sein muß, wie aus dem schon Bemerkten von selbst hervorgeht. — In den neuen Gesetzgebungen finden sich über die Art, wie das Gesetz über die Zurechnung sich erklärt, verschiedene Grundansichten. 1) Entweder deutet das Gesetz nur mit dem allgemeinen Ausdrucke die Hauptaufhebungsgründe der Zurechnung an, ohne einen Grundsatz aufzustellen, z. B. der Code pénal art. 64.: „Il n'y a ni crime ni delit, lorsque le prévénu etait en état de demence, ou lorsqu'il a été contraint par une force; à laquelle il n'a pu resister." In Frankreich wird dasjenige, was wir Zurechnung nennen, mit criminalité oder culpabilité bezeichnet. Die Aufhebungsgründe der Zurechnung heißen faits justificatifs. 2) Andere Gesetzgebungen stellen einen allgemeinen Grundsatz auf, ohne nähere Anwendung und erschöpfende Aufzählung der Aufhebungsgründe, z. B. das preußische Landrecht Th. II, Tit. 20, §. 16: „Wer frei zu handeln unvermögend ist, bei dem findet kein Verbrechen, aber auch keine Strafe statt." 3) Andere Gesetzgebungen vermeiden die Aufstellung eines Grundsatzes und geben auf eine nach dem Willen des Gesetzgebers erschöpfende Weise alle Aufhebungsgründe der Zurechnung an, welche der Richter beachten darf, z. B. das bayerische Strafgesetzbuch Art. 119 flg. oldenburg. StGB. Art. 124 flg. Dies ist auch das System des sächs. StGB. v. 1838 Art. 66—72, altenburg. StGB. v. 1841 Art. 66—72, thüring. StGB. Art. 61—67. Der Gesetzgeber vermeidet es, die Erfordernisse der Zurechnungsfähigkeit auszudrücken und macht es dem Richter nur möglich, aus der Aufzählung der Gründe der Aufhebung der Zurechnung Schlüsse abzuleiten. Das württemberg. StGB. v. 1839 stellt ebenso keinen allgemeinen Grundsatz auf und giebt in den Art. 95—102 die Gründe an, welche Zurechnung ausschließen, und bei aller Aengstlichkeit, nicht von Freiheit zu sprechen, ist dennoch in den Art. 97 der Ausdruck „freier Gebrauch der Vernunft" gekommen. Das preußische StGB. v. 1852 §. 40—44 enthält sich der Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes und giebt nur die Gründe an, welche die Strafe ausschließen, unter denen die Gründe der Aufhebung der Zurechnung aufgeführt werden, ohne sich aber des Ausdruckes zu bedienen, daß in solchen Fällen die Zurechnung wegfalle; es wird vielmehr der Ausdruck gebraucht im Art. 40: „Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der That wahnsinnig oder blödsinnig, oder die freie Willensbestimmung desselben durch Gewalt oder durch Drohungen ausgeschlossen war." Art. 41: „Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn die That durch die Nothwehr geboten war." Das österreichische StGB. von 1852 §. 1 verlangt zuvörderst zu einem Verbrechen bösen Vorsatz und zählt dann im §. 2 die sieben Gründe der Aufhebung der Zurechnung auf. 4) Noch andere Gesetzgebungen stellen einen Grundsatz auf, nach welchem der Richter

Digitized by Google

die Zurechnungsfähigkeit beurtheilen soll und geben zur Verdeutlichung folgeweise und beispielsweise die Hauptaufhebungsgründe an. So soll nach dem luzerner Polizeistrafgesetzbuch Art. 20 Zurechnung bei gänzlichem Mangel der Urtheilskraft oder freien Wahl wegfallen. Das sächsische StGB. von 1855 Art. 86 stellt folgenden Grundsatz auf: „Eine ihrer äußeren Erscheinung nach gesetzwidrige That kann nicht als Verbrechen zugerechnet werden: 1) wenn der Thäter zur Zeit der Begehung nicht die Fähigkeit der Selbstbestimmung besaß (Art. 87), 2) im Falle der erlaubten Selbsthilfe und der Nothwehr (Art. 91), 3) wenn der Thäter durch echte Noth, Zwang, Befehl oder Irrthum (Art. 92, 93, 94, 95) dazu bestimmt worden ist." Art. 87: „Die Fähigkeit der Selbstbestimmung ist bei Personen, welche das vierzehnte Jahr ihres Alters zurückgelegt haben, vorauszusetzen, dafern nicht nachgewiesen werden kann, entweder a) daß ihnen die Geisteskräfte, welche dazu gehören, um das Rechte vom Unrechte unterscheiden zu können, gänzlich fehlen, oder b) daß diese Kräfte bei ihnen gänzlich unentwickelt geblieben sind, oder c) daß sie die That in einem bewußtlosen Zustande oder während einer Seelenkrankheit verübt haben, welche den Vernunftgebrauch entweder im allgemeinen oder in der besonderen Richtung, welche bei der That in Betracht kommt, gänzlich aufhebt." Das badische StGB. v. 1845, Art. 71 erklärt: „Die Zurechnung ist ausgeschlossen durch jeden Zustand, in welchem das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung oder die Willkür des Handelnden fehlt." Das hessische StGB. v. 1841, Art. 37, (in dessen Entwurfe v. 1824 die Worte vorkamen „wegen mangelnder Freiheit des Willens nicht zugerechnet werden kann") stellt jetzt kein Princip mehr auf, sondern sagt nur: „Wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit findet keine Bestrafung statt" u. s. w. (ebenso das nassauische StGB. Art. 35). Aus der Fassung aber Art. 37, Nr. 3, (nass. StGB. Art. 35, Nr. 3) der Vorschrift wegen Aufhebung der Zurechnung in Zuständen, „wo das Bewußtsein der Strafbarkeit der That aufgehoben war", geht doch ein vorschwebendes Princip hervor. Das hannöv. StGB. v. 1840, Art. 82 charakterisirt die Zurechnungsfähigkeit nicht, sondern erklärt nur, daß derjenige, welchem nicht zugerechnet werden kann, straflos sei. Das braunschweig. StGB. v. 1840, §. 30 vermeidet ebenfalls, die Zurechnungsfähigkeit zu charakterisiren und bezeichnet kurz die Gründe der Ausschließung der Zurechnung.

II. Nähere Bestimmung der Voraussetzungen der Zurechnung. Der subjective Charakter des Verbrechens ist nach dem unter I. Bemerkten in der Imputabilität (Zurechenbarkeit) der objectiv auf Rechtsverletzung gerichteten Handlung enthalten[12]).

12) In sprachlicher Beziehung ist zu unterscheiden die subjective Zurechnungsfähigkeit des Handelnden, d. h. der Zustand einer Person, in welchem sie für eine von ihr begangene Handlung so verantwortlich gemacht werden kann,

Digitized by Google

Wo eine Veränderung in der Außenwelt entweder nur in der That des durch physische Gesetze bestimmten mechanisch wirkenden Körpers war, oder von dem Urheber derselben zwar begehrt, aber in einem Zustande aufgehobener Willensfreiheit von ihm hervorgebracht wurde, da fällt die Imputabilität und mit ihr der subjective Charakter des Verbrechens weg. Bedingung der Zurechnung ist also, daß die Person, welcher eine Handlung zugerechnet werden soll, die Fähigkeit hatte, nicht nur die Beschaffenheit ihrer Handlung, namentlich die Wirkungen, welche sie nach Naturgesetzen hervorzubringen geeignet war, einzusehen und sie mit dem Rechtsgesetz, welches die Norm seiner Handlungen sein sollte, zu vergleichen, sondern auch sich mit Willkür für die Unternehmung oder Unterlassung derselben zu bestimmen. Ob zur Imputabilität auch Kenntniß des positiven Gesetzes, in welchem die begangene Handlung mit Strafe bedroht ist, gehöre, davon wird später noch gehandelt werden. — Die Frage, ob die Zurechnungsfähigkeit zu vermuthen sei oder nicht, wird von manchen Criminalisten[13]) bejaht. So sagt Feuerbach: „Da der Mensch von Natur einerseits mit Willkür, andererseits mit Erkenntnißkräften begabt sei, um sowohl das Verhältniß seiner Willensbestimmungen zum Gesetz, als auch den Zusammenhang seiner Handlungen mit ihren Folgen zu erkennen: so ist die Zurechnungsfähigkeit als Regel anzunehmen, mithin eine Person hinsichtlich ihrer Handlungen für zurechnungsfähig zu halten, so lange nicht aus besonderen Thatsachen das Gegentheil sich ergiebt.“ Diese Vermuthung der Zurechnungsfähigkeit ist ein Ueberbleibsel der von Feuerbach in den früheren Auflagen seines Lehrbuches aufgestellten Vermuthung der bösen Absicht (praesumtio doli). Daß diese Vermuthung der bösen Absicht unbegründet ist, wird jetzt allgemein anerkannt[14]). Es ist dabei die bei manchen Verbrechen aus allen Umständen des einzelnen Falles klar sich ergebende Wahrscheinlichkeit des dolus mit einer juristischen Vermuthung verwechselt worden, deren Aufstellung, in Ermangelung eines dafür sprechenden Gesetzes, grundlos und ungerecht wird, weil man einen oft schwierigen Gegenbeweis auf den Angeschuldigten wälzt, während der dolus als ein Theil der Anklage von dem Ankläger zu beweisen ist. Der Richter muß aus allen Umständen des Falles mit sorgfältiger Prüfung der von dem Angeschuldigten angegebenen Erklärung seines

---

daß dafür rechtlich über den Thäter Strafe verhängt werden darf, von der Zurechenbarkeit der Handlung selbst, d. h. der Eigenschaft einer von einer Person verübten Handlung, nach welcher sie als eine Ursache des Handelnden so zu betrachten ist, daß dafür der Thäter verantwortlich gemacht werden kann, und endlich die Zurechnung von Seiten des Richters, als sein Urtheil über die Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit im einzelnen Falle.

13) Z. B. von Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechtes §. 86. S. dagegen Mittermaier Note I. zu §. 87 dieses Lehrbuches.

14) Vgl. Mittermaier Note II. zu §. 87 des Feuerbach'schen Lehrbuches und die daselbst angeführten zahlreichen Schriftsteller. Siehe auch den Artikel Beweis in Strafsachen Bd. II, S. 190.

Digitized by Google

Benehmens entscheiden, ob der dolus in dem Falle anzunehmen sei[15]). Die neueren Strafgesetzgebungen erklären sich darüber verschieden[16]). Die oben erwähnte, von Feuerbach aufgestellte Vermuthung der Zurechnungsfähigkeit in der Art, daß der Angeschuldigte nur durch Gegenbeweis die praesumtio iuris umstoßen kann, ist in den Gesetzen nicht nachweisbar; der Richter hat in seinem Streben nach materieller Wahrheit ebenso jeden Zweifel gegen die Zurechnungsfähigkeit zu verfolgen und dann, nach Erwägung der für und wider ermittelten Umstände, über dieselbe zu entscheiden[17]). Die Frage, ob die Zurechnungsfähigkeit vorhanden sei, ist eine rein thatsächliche, bei welcher der Richter nach sorgfältiger Prüfung aller Umstände über das Dasein der Zurechnungsfähigkeit zu entscheiden hat. Die Aufstellung einer gesetzlichen Präsumtion dieser Art[18]) ist nicht zu rechtfertigen[19]).

III. Gründe der Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit. Die Aufhebungsgründe der Zurechnungsfähigkeit sind Zustände des noch nicht entwickelten oder wieder aufgehobenen, dem körperlich reifen und gesunden Menschen inne wohnenden Vermögens, die Vorstellungen zu heben, von welchen die Beziehung der Handlungen zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit abhängt und dessen Gebrauch durch keine krankhaften, unwiderstehlich wirkenden Einflüsse gehindert ist. Sie sind zu unterscheiden von den Gründen, welche die Zurechnung aufheben

---

15) Daß die von Feuerbach a. a. O. §. 87, N. 1 angeführten Gesetzstellen irrig ausgelegt sind, darüber vgl. Wening-Ingenheim im Archiv des Criminalr. Bd. 2, S. 227, 230. Gegen die Annahme der praesumtio doli spricht auch L. 1. §. 3. D. 48. 8. L. 6. C. de dolo malo II. 20. (21.)

16) Das bayer. StGB. Art. 43 sanctionirte diese praesumtio doli, ist aber in dieser Beziehung durch das Gesetz v. 29. August 1848 Art. 8, Abs. 2 aufgehoben. Dagegen hat das oldenb. StGB. Art. 56 noch die praesumtio doli. Keine solche Vermuthung erkennen an das österreichische, preußische, sächsische, altenburgische, thüringische, württembergische, braunschweigische, badische StGB. Das hannöv. StGB. Art. 42 erklärt, daß bei einer dem Strafgesetz äußerlich zuwiderlaufenden Handlung der Richter unter sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu beurtheilen habe, ob sie mit rechtswidrigem Vorsatze oder aus Fahrlässigkeit begangen sei. Das hess. StGB. Art. 59 (nass. StGB. Art. 56) erklärt dasselbe und bestimmt noch, daß weder für, noch gegen den Vorsatz vermuthet werden soll.

17) S. Hepp, Versuche über Strafrechtswissenschaft Nr. 6. S. auch den Artikel Beweis in Strafsachen Bd. II, S. 190.

18) Von den neueren Strafgesetzgebungen sanctionirt blos das sächsische StGB. v. 1855 Art. 87 eine Vermuthung dieser Art, indem hiernach bei Personen, welche das 14. Jahr ihres Alters zurückgelegt haben, die Fähigkeit zur Selbstbestimmung vorausgesetzt wird, dafern nicht nachgewiesen werden kann, entweder 1) daß ihnen die Geisteskräfte, welche dazu gehören, um das Rechte vom Unrechten unterscheiden zu können, gänzlich fehlen, oder 2) daß diese Kräfte bei ihnen gänzlich unentwickelt geblieben sind, oder 3) daß sie die That in einem bewußtlosen Zustande oder während einer Seelenkrankheit verübt haben, welche den Vernunftgebrauch entweder im allgemeinen oder in der besonderen Richtung, welche bei der That in Betracht kommt, gänzlich aufhebt.

19) Schriftsteller, welche eine solche Vermuthung bekämpfen, führt an Mittermaier zu Feuerbach §. 87, N. 1.

Digitized by Google

oder die verbrecherische Willensbestimmung ausschließen[20]). Die Zu-

20) Die Ansichten über die Aufhebungsgründe der Zurechnungsfähigkeit sind verschieden nach den Vorstellungen über Zurechenbarkeit und Zurechnungsfähigkeit. Vgl. Luden, Handb. des Strafrechtes Bd. 1, S. 272. Köstlin, Revision S. 155. Berner, Imputationslehre S. 50. Das badische Strafgesetzbuch spricht im IV. Titel von den allgemeinen Voraussetzungen der Zurechnung, von dem Nothstande und der Nothwehr. Dann unter der Aufschrift: „Mangel der Zurechenbarkeit" im §. 70 davon, daß die Handlung, welche dem Uebertreter weder aus dem Grunde des rechtswidrigen Vorsatzes, noch der Fahrlässigkeit zugerechnet werden könne, straflos sei. Erst im §. 71 wird unter der Aufschrift: „Mangel der Zurechnungsfähigkeit" erklärt: die Zurechnung ist ausgeschlossen durch jeden Zustand, in welchem das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung oder der Willkür des Handelnden fehlt. §. 75 zieht dann Folgerungen aus §. 71; dann erst wird in §. 81 von dem Nothstande, §. 82 von dem Einflusse des Zwanges, §. 84 von rechtmäßiger Nothwehr gesprochen. Das altenburg. StGB. handelt im 7. Capitel von den Aufhebungsgründen der Zurechnung unter der Aufschrift: „Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschließen", und nimmt eine Ausschließung der Strafbarkeit an a) wegen Mangels an Zurechnungsfähigkeit 1) bei Kindern (Art. 66); 2) bei mangelndem Vernunftgebrauche (Art. 67); 3) bei Irrthum (Art. 68); 4) bei mangelnder Freiheit aa) wegen Zwanges (Art. 69), bb) im Falle der Nothwehr (Art. 70, 71), cc) in anderen Nothfällen. Das württemberg. Strafgesetzb. handelt im 4. Capitel von der Zurechnung 1) bei der Jugend (Art. 95); 2) bei aufgehobenem oder beschränktem Vernunftgebrauche (Art. 97, 98); 3) bei mangelnder Kenntniß des Strafgesetzes (Art. 99); 4) bei Irrthum über Thatsachen (Art. 100); 5) bei mangelnder Freiheit (Art. 101); 6) bei der Nothwehr (Art. 102—105); 7) bei anderen Nothfällen (Art. 106). Das braunschweig. Strafgesetzbuch handelt im III. Titel von den allgemeinen Bedingungen der Strafbarkeit; als Gründe, welche die Strafbarkeit ausschließen, erkennt es an: 1) Mangel der Zurechnungsfähigkeit (§. 30); 2) Irrthum in Thatsachen (§. 32); 3) Zwang (§. 33); 4) Nothstand (§. 34). Das hannöv. StGB. spricht im 5. Capitel von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschließen und erkennt als solche an: 1) Ausübung eines Rechtes (Art. 77); 2) Nothwehr (Art. 78—81); 3) Mangel der Zurechnungsfähigkeit (Art. 82—84); 4) Befehl zur Begehung eines Verbrechens unter gewissen Voraussetzungen (Art. 85). Das hess. StGB. handelt im III. Titel von den Fällen, in welchen keine Bestrafung stattfindet; solche sind: 1) Mangel der Zurechnungsfähigkeit (Art. 37, 38); 2) Zwang (Art. 39); 3) Befehl unter gewissen Voraussetzungen (Art. 40); 4) Irrthum in Thatsachen (Art. 42); 5) Nothstand (Art. 45); 6) Nothwehr (Art. 46 flg.). Ebenso das nass. StGB. Das thüring. StGB. nimmt eine Ausschließung der Strafbarkeit an 1) bei Kindern (Art. 61); 2) bei mangelndem Vernunftgebrauche (Art. 62); 3) bei Irrthum (Art. 63); 4) bei mangelnder Freiheit (Art. 64); 5) in Nothfällen (Art. 65); 6) bei der Nothwehr (Art. 66, 67). Das preuß. StGB. nimmt ein Verbrechen oder Vergehen als nicht vorhanden an: 1) wenn der Thäter zur Zeit der That wahnsinnig oder blödsinnig, oder die freie Willensbestimmung desselben durch Gewalt oder Drohungen ausgeschlossen war (§. 40); 2) wenn die That durch die Nothwehr geboten war (§. 41); 3) Personen unter 16 Jahren, welche ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt haben, sind straflos (§. 42); 4) Irrthum in Thatsachen schließt die Zurechnung aus (§. 44). Das sächs. StGB. spricht im 7. Capitel von den Gründen, welche die Zurechnung ausschließen, und erkennt als solche an: 1) Unfähigkeit zur Selbstbestimmung (Art. 87, 89); 2) erlaubte Selbsthilfe und Nothwehr (Art. 91); 3) Bestimmung des Thäters zur That durch echte Noth, Zwang, Befehl oder Irrthum (Art. 92—95).

stände, welche die Zurechnungsfähigkeit ausschließen, sind entweder A. solche, in welchen das nothwendige Bewußtsein, oder B. solche, in welchen die Freiheit der Willensbestimmung aufgehoben ist. Es gehören hierher: I. das jugendliche Alter[21]), in welchem es wegen mangelnder Reife der geistigen Entwickelung an dem nöthigen Bewußtsein mangelt, kommt in Betrachtung: 1) insofern ein Zeitpunkt besteht, bis zu welchem das Gesetz annimmt, daß keine Zurechnungsfähigkeit begründet sei und der Richter daher keine Untersuchung wegen der von Personen dieses Alters begangenen Handlungen eintreten lassen darf. Gemeinrechtlich tritt dies bei Kindern unter sieben Jahren ein[22]); nach neueren Gesetzgebungen ist dieser Zeitpunkt weiter hinausgeschoben[23]), und zwar in dem Sinne, daß gegen solche Uebertreter zwar keine gerichtliche Untersuchung eintritt, aber sie der häuslichen Bestrafung oder einer an die Stelle derselben tretenden Zucht unterworfen werden[24]).

---

21) Vgl. darüber die zahlreichen Schriften bei Mittermaier zu Feuerbach §. 90 b, N. 2.

22) L. 12. D. 48. 8.

23) In den Gesetzgebungen ist dies sehr verschieden. Im baseler StGB. Art. 2, sächs. StGB. Art. 89 wird nicht zugerechnet Kindern, welche das 14. Jahr noch nicht zurückgelegt haben. Nach dem österreich. StGB. §. 237 werden strafbare Handlungen, welche von Kindern bis zum vollendeten 10. Jahre begangen werden, blos der häuslichen Zucht überlassen; von dem angehenden 11. bis zum vollendeten 14. Jahre werden Handlungen, welche nur wegen Unmündigkeit des Thäters nicht als Verbrechen zugerechnet werden (§. 2 lit. d), als Uebertretungen bestraft (§. 269, 270). Das preuß. Landrecht Th. II, Tit. 20, §. 17 will Unmündigen nicht zugerechnet wissen. Nach dem bayer. StGB. Art. 121 und oldenb. StGB. Art. 125 sind Kinder unter 8 Jahren, nach dem altenb. StGB. Art. 66 und thüring. StGB. Art. 61 Kinder unter 12 Jahren, nach dem württemberg. StGB. Art. 95 Kinder vor dem 10. Jahre, nach dem bad. StGB. §. 78, hess. StGB. Art. 37, nass. StGB. Art. 35, hannöv. StGB. §. 83 Kinder unter 12 Jahren als außer Zurechnung handelnd erklärt; nach dem braunschw. StGB. Kinder unter 14, nach dem norweg. StGB. Cap. 5, §. 1 Kinder unter 10 Jahren. Der Code pénal art. 66 bestimmt keinen solchen Zeitpunkt, sondern bei jungen Angeschuldigten entscheidet erst das Gericht, ob er mit discérnement gehandelt habe. In ähnlicher Weise soll nach dem preuß. StGB. §. 42, 43 bei Angeschuldigten unter 16 Jahren festgestellt werden, ob er ohne oder mit Unterscheidungsvermögen gehandelt hat, und wenn sich ersteres herausstellt, keine Strafe erkannt werden; wenn sich aber letzteres ergiebt, eine geringere Strafe, als die gesetzliche ausgesprochen werden. Das sardinische StGB. §. 93 will bei jungen Leuten unter 14 Jahren geprüft wissen, ob sie zurechnungsfähig seien.

24) Nach dem österreich. StGB. §. 237 sind sie der häuslichen Züchtigung zu überlassen; nach dem hess. StGB. Art. 37, nass. StGB. Art. 35 der häuslichen oder Schulzüchtigung, vorbehaltlich der polizeilich anzuordnenden Sicherheitsmittel; nach dem bad. StGB. §. 78 der häuslichen Züchtigung, vorbehaltlich der Ueberweisung an die Polizeibehörden. Das württemberg. StGB. Art. 95 sagt nichts von häuslicher oder Schulzüchtigung, sondern behält blos polizeilich anzuordnende Besserungsmittel vor. Das braunschw. StGB. §. 30 behält die erforderlichen und zulässigen polizeilichen Maßregeln gegen solche jugendliche Uebertreter vor. Das preuß. StGB. §. 42 will bei jugendlichen Uebertretern, bei denen sich herausstellt, daß sie ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt haben,

Digitized by Google

2) Das Gesetz wird bei denjenigen jugendlichen Uebertretern, welche jenen zuvor bezeichneten Zeitpunkt überschritten, aber noch einen anderen Zeitpunkt nicht erreicht haben, nichts für oder gegen die vorhandene Zurechnungsfähigkeit vermuthen; es muß aber den Richter verpflichten, in jedem Falle zu entscheiden, ob bereits die Zurechnungsfähigkeit als begründet angesehen werden kann; das Gesetz wird darnach, wenn Zurechnungsfähigkeit angenommen wird, immer eine bedeutend gemilderte Strafe anwenden lassen, und bei verneinender Entscheidung die Uebertreter so behandeln, wie diejenigen, welche den Zeitpunkt noch nicht erreicht hatten, in welchem das Gesetz keine Zurechnungsfähigkeit annimmt. Im gemeinen Rechte ist ein Zeitpunkt der oben bezeichneten Art nicht festgesetzt [25]), aber auf jeden Fall darf bis zu dem vierzehnten Jahre [26]) kein Anfang der Zurechnungsfähigkeit angenommen werden [27]),

---

in dem Urtheil bestimmt wissen, ob solche ihrer Familie überwiesen oder in eine Besserungsanstalt gebracht werden sollen; letzteren Falles sind solche in einer Besserungsanstalt so lange zu behalten, als die der Strafanstalt vorgesetzte Verwaltungsbehörde solches für erforderlich erachtet, jedoch nicht über das zurückgelegte 20. Lebensjahr hinaus. Nach dem sächs. StGB. Art. 89, altenb. StGB. Art. 66 soll der Richter nach Befinden eine angemessene Züchtigung durch die Eltern oder, sofern dies nach den Verhältnissen nicht thunlich ist, durch andere Personen verfügen, und nach den Umständen nebenbei für den Zweck ihrer Besserung wegen Beaufsichtigung ihrer Erziehung Maßregeln treffen. Das thüring. StGB. Art. 61 will einen jugendlichen Uebertreter seinen Eltern, Vormündern oder Erziehern zur Ergreifung geeigneter, die Besserung und Beaufsichtigung bezweckender Maßregeln überlassen oder nach den Umständen in einer Erziehungs- und Besserungsanstalt untergebracht wissen.

25) Cap. 1. 2. X. V. 23. Peinl. Gerichtsordn. Art. 164, 179.

26) Peinl. Gerichtsordn. Art. 164: „Item, so der Dieb oder Diebin ihres Alters unter vierzehn Jahren wären, die sollen um Diebstahl, ohne sonderbahre Ursach, auch nicht vom Leben zum Tod gericht, sondern der obgemeldten Leibstraff gemäß, mit samt ewiger Urphede gestrafft werden. Wo aber der Dieb nahe bei vierzehen Jahre alt wäre, und der Diebstahl groß, oder obbestimmte beschwerliche Umstände so gefährlich derbey gefunden würden, also, daß die Boßheit das Alter erfüllen möchte, so sollen Richter und Urtheiler deßhalben auch (als hernach gemeldt) Raths pflegen, wie ein solcher junger Dieb an Gut, Leib oder Leben zu strafen sei."

27) Nach dem Code pénal art. 66 entscheidet das 16. Jahr, und wenn discérnement angenommen wird, so tritt doch nur statt Todesstrafe und Zwangsarbeit die Einsperrung im Correctionshause von 10 bis 20 Jahren ein. Nach dem österreich. StGB. §. 269—273 vgl. mit §. 237 wird das 14. Jahr zu Grunde gelegt; strafbare Handlungen, welche Unmündige vom 11. bis zum 14. Jahre begehen, werden, wenn sie nach ihrer Eigenschaft Verbrechen wären, als Uebertretungen durch Verschließung an einem abgesonderten Verwahrungsorte, nach den Umständen von einem Tage bis zu sechs Monaten bestraft, welche Strafe nach §. 253 geschärft werden kann; die von Unmündigen begangenen strafbaren Handlungen, welche schon an sich nur Vergehen oder Uebertretungen sind, werden insgemein der häuslichen Züchtigung, in Ermangelung dieser oder nach dabei sich zeigenden besonderen Umständen der Ahndung und Vorkehrung der Sicherheitsbehörde überlassen. Nach dem preuß. StGB. §. 43 entscheidet das 16. Jahr, und wenn angenommen wird, daß der noch nicht so alte Thäter mit Unterscheidungsvermögen gehandelt hat, so soll auf Todesstrafe und Zuchthaus, auf Ver-

Digitized by Google

wenn nicht die im einzelnen Falle vorgenommene Prüfung lehrt, daß die Person den vom Gesetze zur Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzten

---

lust der bürgerlichen Ehre und zeitige Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte sowie auf Stellung unter Polizeiaufsicht nicht erkennt und anstatt der Zuchthausstrafe Gefängnißstrafe ausgesprochen werden; bei mit dem Tode oder lebenslänglichem Zuchthause bedrohten Verbrechen findet Gefängniß von 3—15 Jahren statt; in den übrigen Fällen darf der Richter unter das niedrigste Maaß der gesetzlichen Strafe herabgehen, die Hälfte des höchsten gesetzlichen Strafmaaßes aber niemals überschreiten; die Vollstreckung der Gefängnißstrafe soll entweder in ausschließlich für jugendliche Personen bestimmten Gefangenanstalten, oder zwar in der ordentlichen Gefangenanstalt, jedoch in abgesonderten Räumen, stattfinden. Nach dem bayer. StGB. Art. 98—100 wird das 16 Jahr zu Grunde gelegt; die Todesstrafe wird in 12—16 Jahre Zuchthaus, Kettenstrafe oder Zuchthaus auf unbestimmte Zeit in 8—12 Jahre Zuchthaus, zeitliches Zuchthaus in 1—8 Jahre Arbeitshaus, Arbeitshaus in 3—12 Monate Gefängniß gemildert. Dieselben Bestimmungen hat das oldenb. StGB. Art. 106 mit dem Zusatze, daß gegen noch nicht 20 Jahre alte Verbrecher statt der Todesstrafe nach Beschaffenheit der Umstände auf Kettenstrafe oder Zuchthaus auf unbestimmte Zeit erkannt werden darf. Das sächs. StGB. Art. 90 läßt die Jugend bis zum vollendeten 18. Jahre als Milderungsgrund gelten; es soll gegen solche Verbrecher niemals Todesstrafe oder Zuchthaus, sondern nur Arbeitshaus und Gefängniß erkannt werden. Ergiebt sich jedoch, daß der Verbrecher mit Bosheit und Ueberlegung gehandelt hat, so ist dessen Jugend nur bei Abmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes zu berücksichtigen, jedoch auf Todesstrafe oder lebenslängliches Zuchthaus auch hier nicht zu erkennen, sondern auf zeitliches Zuchthaus. Damit stimmt das altenb. StGB. Art. 62 überein. Das thüring. StGB. Art. 58 läßt ebenfalls die Jugend bis zum 18. Jahre als Milderungsgrund gelten, so daß statt Zuchthausstrafe stets eine Freiheitsstrafe geringerer Art eintreten soll und überhaupt der Richter nach seinem Ermessen auf eine geringere Strafart und Strafdauer, als gesetzlich angedroht ist, herabgehen darf. Das württemb. StGB. Art. 95, 96 läßt keine Zurechnung zu, wenn der zwar über 10, aber nicht 16 Jahre alte Thäter die zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Ausbildung nicht erlangt hat; sonst aber läßt es Milderung zu, so daß niemals Todesstrafe oder lebenslängliches Zuchthaus eintreten, sondern statt derselben auf 5—15 Jahre Zuchthaus erkannt, die zeitliche Freiheitsstrafe auf $^1/_4$ bis $^3/_4$ der sonst gesetzlich verwirkten Zeitdauer herabgesetzt werden, keines Falles aber 12 Jahre überschreiten soll; die Gerichte auch außerdem auf Gefängniß bis zu sechs Jahren statt Zuchthaus oder Arbeitshaus erkennen dürfen, und die an die Strafart geknüpften Ehrenfolgen niemals eintreten. Nach dem bad. StGB. §. 79 gilt dasselbe bei jungen Leuten bis zum 16. Jahre; haben sie das erforderliche Unterscheidungsvermögen, so ist Gefängniß und Arbeitshaus auf $^1/_4$ bis zu $^3/_4$ der sonst gesetzlich verschuldeten Dauer herabzusetzen; statt zeitlichen Zuchthauses tritt Arbeitshaus von 1—12 Jahren, statt der Todesstrafe oder lebenslänglichen Zuchthauses Arbeitshaus von 5—15 Jahren ein. Bei über 16 Jahre, aber noch nicht 18 Jahre alten Verbrechern tritt an die Stelle der Todesstrafe nach §. 80 lebenslängliches oder zeitliches Zuchthaus nicht unter 10 Jahren. Nach dem hess. StGB. Art. 116 tritt bei über 12, aber noch nicht 16 Jahre alten Verbrechern statt der Todes- oder lebenslänglichen Zuchthausstrafe Correctionshaus von 5—10 Jahren, statt Zuchthauses von 5—18 Jahren Correctionshaus von 1—5 Jahren, statt Zuchthauses unter 5 Jahren Correctionshaus bis zu 1 Jahre u. s. w. ein, und nach Art. 117 soll bei über 16 Jahre, aber noch nicht 18 Jahre alten Verbrechern statt der Todes- oder lebenslänglichen Zuchtshausstrafe Zuchthaus von 10—18 Jahren erkannt werden. Dieselben Bestimmungen hat das nass. StGB. Art. 114 hin-

Digitized by Google

Zustand erlangte[28]), mit Rücksicht darauf, ob nicht ungeachtet der Unmündigkeit nach allen Umständen frühere Reife bei dem jugendlichen Uebertreter eintrat[29]). Die Prüfung, auf deren Grund entschieden werden soll, ob dem Thäter zuzurechnen sei, hat zu sehen auf die Art des verübten Verbrechens[30]), auf das fortgeschrittene Alter, auf körperliche Reife, insbesondre auf Eintreten der Pubertät, auf die Ausbildung der geistigen und moralischen Kräfte, sowie darauf, ob nicht besondere körperliche oder geistige Zustände des Uebertreters die Annahme der Zurechnungsfähigkeit hindern. 3) Das Gesetz nimmt ferner, sobald ein bestimmter Zeitpunkt eingetreten ist, an, daß die Zurechnungsfähigkeit vorhanden sei und gestattet nur eine Milderung der Strafe. II. Die Taubstummheit[31]) wird bei solchen Taubstummen, welche als solche geboren oder in früher Jugend taubstumm geworden sind, und keinen oder ungenügenden Unterricht genossen haben, die Zurechnung ausschließen[32]), wenn nicht die besonderen Umstände des Falles zeigen,

---

sichtlich der über 14, aber noch nicht 17 Jahre alten Thäter sowie die Vorschriften des Art. 117 des hess. StGB. in Art. 116 des nass. StGB. auf über 17, aber noch nicht 20 Jahre alte Verbrecher angewendet worden sind. Nach dem hannöv. StGB. Art. 99 tritt bei jungen Leuten, welche über 12, aber noch nicht 16 Jahre alt sind und mit hinlänglicher Unterscheidungskraft gehandelt haben, statt der Todes- oder lebenslänglichen Kettenstrafe Arbeitshaus bis zu 10 Jahren, statt zeitlicher Kettenstrafe sowie Zuchthausstrafe Arbeitshaus bis zu 3 Jahren u. s. w. ein. Nach dem braunschweig. StGB. §. 60 soll gegen Verbrecher über 14, aber unter 21 Jahren statt Todes- oder Kettenstrafe Zuchthaus bis zu dessen längster außerordentlicher Dauer, statt Zuchthauses und Zwangsarbeit die nächstfolgende gelindere Strafart u. s. w. erkannt werden, und bei über 18 Jahre alten Verbrechern, welche mit besonderer Ueberlegung und Bosheit gehandelt haben, statt Todes- oder lebenslänglicher Kettenstrafe zeitliche Kettenstrafe bis zu deren längster außerordentlichen Dauer eintreten.

28) Der Code pénal art. 66 fragt, ob discérnement vorhanden war; das preuß. StGB. §. 43, ob der jugendliche Thäter mit Unterscheidungsvermögen gehandelt hat; das württemberg. StGB. Art. 96, bad. StGB. §. 79, ob er die zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Ausbildung bereits erlangt hat; das hess. StGB. Art. 115, nass. StGB. Art. 114, hannöv. StGB. Art. 99, ob er mit hinlänglicher Unterscheidungskraft gehandelt hat.

29) Es wurde hier nach Art. 164 der peinl. Gerichtsordnung darauf gesehen, ob malitia aetatem supplet. Diese Rücksicht ist aus Mißverständniß der L. 3. C. Si minor se maiorem dixerit II. 42. (43.), wo der Ausdruck: cum malitia suppleat aetatem, entstanden. Vgl. über diese Rücksicht Gesterding, Nachforsch. Bd. 2, S. 32. Die richtige Ansicht ist, daß hier Alles vom richterlichen Ermessen abhänge.

30) L. 1. C. IX. 24. vgl. mit §. 20. Inst. IV. 1.

31) Zahlreiche Schriften führt an Mittermaier zu Feuerbach §. 90b.

32) Darauf stellt es das thüring. StGB. Art. 62, altenb. StGB. Art. 67. Das bayer. StGB. Art. 120, oldenb. StGB. Art. 126 erklärt für zurechnungslos Taubstumme, sofern sie nicht über die Unerlaubtheit und Strafbarkeit ihrer Handlung gehörig unterrichtet worden sind, und nicht sonst ihre Zurechnungsfähigkeit außer Zweifel ist, welchenfalls sie wie Minderjährige bestraft werden sollen. Das bad. StGB. §. 77 erklärt Taubstumme, deren Geisteskräfte noch nicht so weit entwickelt sind, um die Folge und Strafbarkeit ihrer Handlung einzusehen, für straflos. Nach dem hess. StGB. Art. 37, nass. StGB. Art. 35

Digitized by Google

daß der Taubstumme doch eine Erkenntniß des begangenen Unrechtes bei dem von ihm verübten Verbrechen hatte; aber auch bei solchen Taubstummen der letzteren Art, ebenso wie bei solchen, welche Unterricht genossen haben, wird, wenn das Ergebniß der richterlichen Prüfung dahin ausfällt, daß sie Erkenntniß des Unrechtes hatten, ihr in jedem Falle auch auf die Willensbestimmung mit Einfluß habender Zustand als Milderungsgrund gelten. III. Der Blödsinn, als Zustand [33]) des Mangels geistiger Kraft und Schwäche, und mit dem Mangel aller moralischen Energie verbunden, von der Dummheit wohl zu unterscheiden, hat sehr verschiedene Grade, schließt Zurechnungsfähigkeit aus, wenn er im höchsten Grade vorhanden (Cretinismus) oder doch so bedeutend war, daß er bei dem in Frage stehenden Verbrechen das Unrecht einzusehen hinderte, oder wenn er mit Irresein verbunden war [34]). IV. In die Klasse vorübergehender Zustände der Sinnenverwirrung [35]) gehören 1) der Affect [36]), insofern er unverschuldet entstand

---

sind Taubstumme zurechnungslos, wenn mit Gewißheit anzunehmen ist, daß sie die Strafbarkeit ihrer Handlung und deren Folgen nicht erkannt haben. Nach dem braunschweig. StGB. §. 30 sind straflos die ohne genügende Ausbildung gebliebenen Taubstummen; nach dem hannöv. StGB. Art. 83, Nr. 5 Taubstumme, insofern sie nicht von der Unerlaubtheit und Strafbarkeit ihrer Handlung unterrichtet sind, und sonst ihre Zurechnungsfähigkeit außer Zweifel ist. Am ausführlichsten ist das sardin. StGB. §. 97. Darnach sind Taubstumme von Geburt oder solche, welche es von ihrer Kindheit an waren, wenn sie mit Unterscheidungskraft handelten, denjenigen Strafen unterworfen, welche für Unmündige unter 14 Jahren eintreten. Großjährige Taubstumme können wegen vorhandener schärfender Umstände des Falles mit den Strafen belegt werden, welche Minderjährige von 14—18 Jahren treffen. Taubstumme unter 14 Jahren werden wie Kinder behandelt. Nach §. 98 werden Taubstumme, welche lesen und schreiben können, bestraft, wie Minderjährige unter 14 Jahren. Das österreichische, preußische, sächsische und württembergische Strafgesetzbuch erwähnen Taubstummheit nicht besonders, ohne Zweifel, weil sie voraussetzen, daß die allgemeinen Gründe über Zurechnung hinreichen. In England ist man jetzt strenger als ehemals, gegen Taubstumme, und verurtheilt sie oft. Taylor, medical jurisprud. p. 684.

33) In Frankreich heißt er idiotiome; in England und Amerika idiocy.

34) Das preuß. StGB. §. 40 erklärt für straflos Blödsinnige, das bad. StGB. §. 75, das hess. StGB. Art. 37, das nass. StGB. Art. 35 den völligen Blödsinn, das hannöv. StGB. §. 83 die, welche wegen Blödsinns völlig außer Stande waren, die Folgen ihrer Handlungen richtig zu beurtheilen oder deren Strafbarkeit einzusehen.

35) Die neueren teutschen Strafgesetzgebungen erkennen dies als Aufhebungsgrund der Zurechnung an. Das österreich. StGB. §. 2 lit. b. spricht von abwechselnder Sinnenverrückung; das bayer. StGB. Art. 121, oldenburg. StGB. Art. 126 von unverschuldeter Verwirrung der Sinne oder des Verstandes, das württemberg. StGB. Art. 97 von vorübergehender Verwirrung der Sinne oder des Verstandes; das thüring. StGB. Art. 67 und altenb. StGB. Art. 62 sprechen von völliger Bewußtlosigkeit; das bad. StGB. §. 75 nennt als die Zurechnung aufhebend den Zustand der vorübergehenden gänzlichen Verwirrung der Sinne oder des Verstandes, und macht dann im §. 76 eine nähere Anwendung auf Trunkenheit; das hess. StGB. Art. 38 und nass. StGB. Art. 36 nennt den Zustand der vorübergehenden Verwirrung der Sinne oder des Verstandes; die

und im Zusammentreffen mit anderen Zuständen das Bewußtsein aufhebt [37]); 2) der Schlaf [38]); 3) Schlaftrunkenheit [39]); 4) Nachtwandeln [40]); 4) Trunkenheit [41]). Die letzte hebt die Zurechnung auf, wenn sie den höchsten, eine Sinnenverwirrung herbeiführenden Grad erreicht hat und unverschuldet ist. Es entscheidet auch hier die Rücksicht, daß bei Trunkenheit der Verlust des Bewußtseins allmälig und selbst ohne daß die Person des Uebergangspunktes zur Trunkenheit sich bewußt ist, einbricht, durch manche zufällige Umstände schnell gesteigert werden kann, und daß selbst theilweises Bewußtsein und Handlungsfähigkeit bei dem Trunkenen vorhanden sein und dennoch durch den bei jedem Individuum verschieden wirkenden Zustand die freie Selbstbestimmung aufgehoben sein kann. Das gemeine Recht erkennt in der Trunkenheit einen, Sinnenverwirrung enthaltenden, aber durch eigene Schuld des Trunkenen entstandenen, dem Affect ähnlichen Zustand, in welchem eine Zurechnung nicht ganz ausgeschlossen ist, jedoch nur Zurechnung zur Culpa eintritt [42]), insoweit der Zustand durch Fahrlässigkeit herbeigeführt und darin eine Handlung verübt ist, bei welcher nach dem Gesetze auch die Fahrlässigkeit bestraft wird. Die neueren Gesetze [43]) sind noch

---

Bedingungen, unter welchen es die Zurechnung aufhebt, beziehen sich auf die Trunkenheit; das hannöv. StGB. Art. 84, Nr. 9 schließt die Zurechnung aus, wenn eine nicht vorher beschlossene That begangen ist in irgend einem unverschuldeten Zustande einer solchen Verwirrung der Sinne oder des Verstandes, in welchem der Thäter seiner Handlung oder ihrer Strafbarkeit sich bewußt sein konnte oder welcher die Willkür des Handelnden gänzlich ausschloß.

36) Als allgemeiner Aufhebungsgrund der Zurechnung ist er nirgends in den Gesetzen anerkannt, auch nicht in den neuen. Die Literatur siehe bei Mittermaier zu Feuerbach §. 90 b.

37) Es ist hier z. B. an Exceß der Nothwehr, an die Wirkung der Furcht zu denken. Besonders wurde hier die Frage wichtig, ob auch der Ehemann, wenn er den in flagranti betroffenen Ehebrecher tödtet, straflos sein soll. In den hannöverschen und großherzogl. hessischen Kammern wurde die Frage verneint. Leonhardt, Comm. zum hannöv. Strafgesetzb. Bd. 1, S. 370. Breidenbach, Comm. zum hess. Strafgesetzb. Bd. 1, S. 507.

38) Das hess. StGB. Art. 38, nass. StGB. Art. 36 nennen ausdrücklich den Schlaf. Im Art. 37 (nass. StGB. Art. 35) sind jedoch im Schlafe verübte Verbrechen, wenn dadurch das Bewußtsein der Strafbarkeit der That aufgehoben war, für straflos erklärt.

39) Die Literatur bei Mittermaier a. a. O. §. 90 b.

40) Den Zustand des Nachtwandelns erklären als die Zurechnung aufhebend das hess. StGB. Art. 37, nass. StGB. Art. 35.

41) Die Literatur bei Mittermaier a. a. O. §. 90 b.

42) Dies war schon die Ansicht älterer Juristen. S. Archiv des Criminalr. Bd. 12, S. 8, 32. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft Bd. 1, S. 168.

43) Das französische Recht erwähnt die Trunkenheit nicht als Aufhebungsgrund, und die strenge Ansicht älterer französischer Juristen wirkte auf die Jurisprudenz (Helie, théorie du Code pénal II. p. 243.); daher die Frage, ob Trunkenheit vorhanden sei, nicht speciell an die Geschworenen gestellt werden kann; es ist aber doch auch in Frankreich anerkannt (s. die von Mittermaier a. a. O. angeführten Schriften), daß völlige und unverschuldete Trunkenheit die Zurech-

Digitized by Google

milder und beurtheilen die Trunkenheit als die Zurechnung ausschließend nach den Grundsätzen über Verwirrung der Sinne und gestatten,

---

nung aufhebe. Morin, diction. du droit crimin. p. 440. hält Trunkenheit nur für Milderungsgrund. Das österreich. StGB. §. 2 lit. c. will ein in einer ohne Absicht auf das Verbrechen zugezogenen völligen Berauschung begangenes Verbrechen zwar nicht als Verbrechen zugerechnet wissen, doch soll solchenfalls nach §. 236 vgl. mit §. 523 die Trunkenheit als Uebertretung bestraft werden. Das preußische Landrecht Th. II, Tit. 20, §. 22 rechnete die Trunkenheit nur zu, wenn sich Jemand vorsätzlich oder mittelst groben Versehens in diesen Zustand versetzt hatte. Das neue preuß. StGB. v. 1851 erwähnt die Trunkenheit gar nicht. Das bayer. StGB. Art. 121 (oldenburg. StGB. Art. 126) deutet auf Trunkenheit nur allgemein durch den Ausdruck: unverschuldete Sinnenverwirrung. Das sächs. StGB. Art. 87 spricht von einem bewußtlosen Zustande, welcher die freie Selbstbestimmung aufhebt; schließt er die Fähigkeit dazu nicht ganz aus, so gilt er, wenn nicht der Verbrecher sich absichtlich, um die That zu verüben, in diesen Zustand versetzt hat, als verminderte Zurechnungsfähigkeit, und ist ein Milderungsgrund. Das württemberg. StGB. Art. 97 erklärt eine in einer vorübergehenden gänzlichen Verwirrung der Sinne oder des Verstandes begangene unerlaubte Handlung für straflos. Daß auch unverschuldete Trunkenheit frei macht, ist dadurch ausgesprochen, daß es dann weiter heißt: „Die Strafloſigkeit fällt weg, wenn sich der Thäter in den Zustand der vorübergehenden Sinnenverwirrung durch Trunk oder andere Mittel absichtlich versetzt hatte, um in demselben ein im zurechnungsfähigen Zustande beschlossenes Verbrechen auszuführen oder wenn er jenen Zustand durch Fahrlässigkeit herbeigeführt und während desselben eine rechtswidrige Handlung begangen hat, bei welcher nach diesem Gesetzbuche auch die Fahrlässigkeit zu bestrafen ist.“ Ebenso erklärt sich das bad. StGB. §. 76; es stellt die Trunkenheit unter die vorübergehende gänzliche Sinnenverwirrung. Das hess. StGB. Art. 38 (nass. StGB. Art. 36) erklärt sich ebenso. Hinzugefügt ist, daß der Zustand vorübergehender gänzlicher Sinnenverwirrung die Zurechnung zur Strafe dann nicht ausschließt, wenn sich der Thäter durch Getränke oder andere Mittel absichtlich in solchen versetzt hatte, um in demselben ein im zurechnungsfähigen Zustande beschlossenes Verbrechen auszuführen, oder wenn in Bezug auf die Handlung, wodurch er sich in jenen Zustand versetzt hat, und in Bezug auf die darin verübte That die Bedingungen der Zurechnung zur Fahrlässigkeit vorhanden sind. In dem hannöv. StGB. Art. 84 sind die auf Trunkenheit im Entwurfe bezüglichen Worte weggelassen; es ist jedoch unverschuldete Trunkenheit als die Zurechnung aufhebend dadurch anerkannt worden, daß nach Nr. 9 Strafloſigkeit eintreten soll, wenn eine nicht vorher beschlossene That begangen ist, in irgend einem unverschuldeten Zustande einer solchen Verwirrung der Sinne oder des Verstandes, worin der Thäter seiner Handlung oder ihrer Strafbarkeit sich nicht bewußt war oder welche die Willkür des Handelnden gänzlich aufhob. Auch das braunschweig. StGB. §. 30 erwähnt unverschuldete Trunkenheit als Aufhebungsgrund der Zurechnung nicht besonders; es erkennt jedoch dieselbe als solchen dadurch an, daß es diejenigen für straflos erklärt, welche zur Zeit der Begehung der That ohne ihr Verschulden völlig bewußtlos waren. Das altenb. StGB. Art. 67 erwähnt ebenfalls unverschuldete Trunkenheit nicht ausdrücklich unter den Aufhebungsgründen der Zurechnung; indem es aber die Zurechnung bei denjenigen ausschließt, welche zur Zeit des verübten Verbrechens durch Krankheit oder andere Umstände in dem Zustande völliger Bewußtloſigkeit sich befunden haben, und weiter bestimmt, daß, wenn sich der Thäter selbst in einen solchen Zustand versetzt hat, ihm, dafern dieses absichtlich geschah, um das Verbrechen zu verüben, die That als vorsätzlich zugerechnet werden soll, ist die unverschuldete Trunkenheit als die Zurechnung aufhebend anerkannt. Der Zusatz, welcher dem

Digitized by Google

Strafe der Fahrlässigkeit nur anzuwenden, wenn in Bezug auf die in der Trunkenheit verübte That und in Bezug auf das die Trunkenheit herbeiführende Benehmen der Person die Bedingungen der Zurechnung zur Fahrlässigkeit vorhanden sind[44]). Hat sich Jemand absichtlich in den Zustand der Trunkenheit versetzt, um darin ein im zurechnungsfähigen Zustande beschlossenes Verbrechen auszuführen, so kommt ihm die Trunkenheit gar nicht zu Statten[45]). Die Trunkenheit kann aber auch die Zurechnung ausschließen, wenn bei ihr zwar die oben bezeichneten Bedingungen der völligen Sinnenverwirrung nicht vorhanden sind, aber sie im Zusammenhange mit krankhaften Zuständen, z. B. der Trunksucht, steht, oder die Trunkfälligkeit mit krankhaften Sinnestäuschungen, als Säuferwahnsinn vorkommt[46]). V. Als eine die Zurechnung aufhebende Seelenstörung[47]) erscheint nur der fortdauernde oder doch in Folge gewisser krankhafter Einflüsse häufig wiederkehrende Zustand, durch welchen das Gleichgewicht der Seelenkräfte und der Gebrauch derselben auf eine Weise gestört ist, daß dadurch das zur Zurechnung nothwendige Bewußtsein oder die freie Selbstbestimmung aufgehoben wird[48]). Wenn es auch nicht möglich ist, alle Seelenstörungen

---

in S. Altenburg angenommenen sächs. StGB. von 1838 beigefügt werden sollte, daß Strafe der Culpa eintreten sollte, wenn Jemand sich aus Fahrlässigkeit in trunkenen Zustand versetzte, wurde von der zweiten Kammer nicht angenommen. S. Günther, die neuen Criminalgesetze S. 49 Note. Krug, Studien Bd. 1, S. 140. Diese Lücke im Gesetze wird getadelt von Schüler, Beiträge S. 56. Das thüring. StGB. Art. 62 stimmt ganz mit dem sächs. StGB. von 1838 überein und hat jene Lücke nicht ausgefüllt. Das sardin. StGB. Art. 608 spricht von Trunkenheit nur bei der Tödtung, und bestraft denjenigen, welcher nicht gewohnt ist, sich zu betrinken, wenn er Tödtung verübt, mit Zuchthaus von wenigstens sieben Jahren.

44) Es kann also nicht wegen jeder Art von Verbrechen die Strafe der Culpa eintreten.

45) Dieses sprechen auch mehrere der in der Note 43 angeführten Gesetze aus; sowie das bayer. StGB. Art. 40 (oldenb. StGB. Art. 52) später aufgehoben durch Art. 8, Abs. 2 des Gesetzes v. 29. August 1848; österreich. StGB. §. 2 lit. c., bad. StGB. §. 76, hess. StGB. Art. 38 (nass. StGB. Art. 36). Bedenken gegen das Praktische dieser Bestimmung erheben Hufnagel, Comm. zum württemb. StGB. Bd. 1, S. 210 vgl. mit Hepp, Comm. zu demselben StGB. Bd. 1, S. 677 Note. Bedenken gegen ihre Gerechtigkeit erhebt Stübel, über das sächs. Criminalgesetzbuch S. 43, 44. Namentlich bemerken Schnitzer, von der Zurechnungsfähigkeit S. 305, 309, Mittermaier im Archiv des Criminalrechtes Bd. 12, S. 36, daß die Gesetzgeber dabei nicht genug bedenken, daß ein Causalzusammenhang zwischen Entschluß und Verbrechen hier wohl niemals oder nur sehr schwer zu erweisen sein werde. Gegen die Anwendung der Todesstrafe in diesem Falle erklärt sich Breidenbach, Comm. zum hess. StGB. Bd. 1, S. 514.

46) Vgl. die Literatur bei Mittermaier zu Feuerbach §. 90 b.

47) Zahlreiche Schriften darüber führt an Feuerbach §. 90, N. 7 und Mittermaier a. a. O.

48) Auch hier ist in den neuen Gesetzgebungen die größte Verschiedenheit. 1) Einige deuten nur durch einen ganz allgemeinen Ausdruck an, daß auch Seelenstörungen keiner Zurechnung unterliegen, überlassen aber Alles dem Richter, ob

erschöpfend auf bestimmte Arten zurückzuführen und die Gesetzgebung sich hüten muß, durch die Fassung der gesetzlichen Vorschriften über Seelenstörungen den Richter irre zu leiten, so lassen sich doch gewisse Hauptrichtungen, jedoch mit Anerkennung, daß in dem nämlichen Falle oft mehrere Formen zusammentreffen oder zeitweise in einander über-

---

er Zurechnung annehmen will, z. B. der Code pénal art. 64., welcher nur demence nennt, aber alle Seelenstörungen hierher rechnet, so daß der Ausdruck nicht technisch genommen wird, sondern alle Arten der Seelenstörungen umfaßt. Auch das preuß. StGB. §. 40 gehört hierher, indem es unter den die Zurechnung aufhebenden Geisteskrankheiten neben dem Blödsinne nur noch den Wahnsinn nennt, mithin unter letzteren alle übrigen Arten der Seelenstörungen zusammenzufassen scheint. 2) Andere Gesetzgebungen zählen einzelne Arten von Seelenstörungen auf, jedoch mit einem allgemeinen Zusatze, welcher einen Grundsatz andeuten soll, z. B. das bayer. StGB. Art. 120 (oldenb. StGB. Art. 125). „Es sind gegen alle Strafe entschuldigt: Rasende, Wahnsinnige und überhaupt solche Personen, welche den Gebrauch ihres Verstandes durch Melancholie oder andere schwere Gemüthskrankheiten verloren haben." 3) Andere geben ohne Aufführung von Beispielen einen allgemeinen Charakter der Seelenstörung an, welche von Zurechnung befreit; z. B. das österreich. StGB. §. 2, wonach eine Handlung oder Unterlassung nicht als Verbrechen zugerechnet wird, wenn der Thäter des Gebrauches der Vernunft ganz beraubt ist; das altenburg. StGB. Art. 67, wonach Zurechnung nicht stattfindet bei Personen, welche durch eine Seelenkrankheit des Gebrauches ihrer Vernunft beraubt sind; das thüringische StGB. Art. 62, nach welchem keine Strafe erkannt werden kann gegen Personen, welche bei Begehung einer gesetzwidrigen Handlung durch eine allgemeine oder theilweise Seelenkrankheit des Gebrauches ihrer Vernunft völlig beraubt gewesen sind; das braunschweig. StGB. §. 30, welches des Vernunftgebrauches völlig beraubte Personen für straflos erklärt. 4) Andere stellen eine Art von Kennzeichen auf, welche dem Richter bezeichnen sollen, welche Seelenstörung von Zurechnung befreit, und geben blos Beispiele einzelner Krankheitsformen an, z. B. das württemb. StGB. Art. 97: „Eine unerlaubte Handlung ist straflos, wenn sie in einem Zustande begangen wurde, in welchem der freie Gebrauch der Vernunft aufgehoben war. Dahin gehört hauptsächlich Raserei, allgemeiner und besonderer Wahnsinn, völliger Blödsinn und vorübergehende gänzliche Verwirrung der Sinne oder des Verstandes." 5) Andere Gesetzgebungen stellen das allgemeine Princip der Zurechnung auf und geben Beispiele als Folgerungen aus dem Princip. Dies ist der Fall im bad. StGB. §. 75, wo zu den Zuständen, welche die Zurechnung ausschließen, namentlich Raserei, Wahnsinn, Verrücktheit und vorübergehende gänzliche Verwirrung der Sinne oder des Verstandes gerechnet werden, und im hess. StGB. Art. 37 (nass. StGB. Art. 35), wo Alles darauf gesetzt wird, ob das Bewußtsein der Strafbarkeit der That aufgehoben war. Als Zustände, in welchen das Bewußtsein der Strafbarkeit der That aufgehoben ist, werden bezeichnet Schlaf, Nachtwandeln, Wahnsinn, völliger Blödsinn, Raserei, Verrücktheit. Das hannöv. StGB. Art. 83 erklärt als zurechnungsfähig solche, welche an Raserei, allgemeinem oder besonderem Wahnsinn oder überhaupt an einer Geisteszerrüttung oder Geisteskrankheit leiden, durch welche der Vernunftgebrauch aufgehoben wird. Das sardin. StGB. §. 99 nennt imbecillita assobita, pazzia, furore morboso, quando amuse l'azione ovvero se vi fu tratto da una forza alla quale non potè resistere. Das hannöv. StGB. Art. 83 hat noch die besondere, in den übrigen Gesetzgebungen nicht vorhandene Bestimmung, daß, wenn das Verbrechen in lichten Zwischenräumen mit Vorsatz verübt ist, jener Zustand nur als ein Milderungsgrund gelten, die Strafe jedoch an den in jenen Zustand Zurückgefallenen nicht vollzogen werden soll.

Digitized by Google

gehen, insofern unterscheiden, als entweder vorzugsweise 1) das Gemüthsleben krankhaft afficirt ist, z. B. bei Schwermuth, oder 2) Gemüths- und Geistesleben krankhaft mit völlig gestörtem Bewußtsein der Außenwelt und Selbstbewußtsein, daher mit Delirien, ergriffen sind, oder 3) das geistige Leben vorherrschend krankhaft gestört ist und zwar bei allgemeiner oder theilweiser Verrücktheit und Verwirrtheit[49]). Welche Krankheitsformen und Gebrechlichkeiten dahin gehören; ob sie im einzelnen Falle wirklich vorhanden sind und welchen Einfluß sie, nach psychologischen Grundsätzen, auf die juristische Zurechenbarkeit des in Frage stehenden Thuns oder Lassens geäußert haben, das ist eine oft ungemein schwierige factische Frage, wobei es zum Theil mit auf die Art des in Frage stehenden Verbrechens ankommt. Auch die sog. unwiderstehlichen Gelüste, soweit es überhaupt dergleichen giebt, gehören hierher, weil dadurch der ihnen Unterworfene unwiderstehlich zu gewissen Verbrechen hingerissen werden soll. Beispiele sind 1) die Gelüste der Schwangeren, welche bisweilen eine krankhafte Stärke gewinnen und die Möglichkeit der Selbstbestimmung vorübergehend aufheben[50]); 2) der Geschlechtstrieb soll sich durch krankhaften Zustand bis zur Satyriasis und zur Mutterwuth steigern und in dieser Gestalt die Willkür aufheben können. Es sind dies aber, wenn auch solche Fälle vorkommen sollten, nur Ausnahmen von der Regel, welche in jedem einzelnen Falle das Gutachten und die Entscheidung der Kunstverständigen erfordern und keineswegs läßt sich der allgemeine Satz aufstellen, daß jeder von einer Schwangeren aus einem vorgeblichen Gelüst verübte Diebstahl, jedes von einem mit der Satyriasis Behafteten verübte Attentat auf die Keuschheit zurechnungslos und straflos sei; Sätze, welche leicht bis zu einer sehr gefährlichen Allgemeinheit ausgedehnt werden könnten und alle Sicherheit der Rechte selbst im Staate untergraben würden. — Noch kommen in Betracht die durch körperliche Krankheiten und Körperentwickelungen und die damit verbundenen Vorgänge hervorgebrachten krankhaften psychischen Zustände, wie der Wahnsinn der Fieberkranken im Fieberanfalle, die Epilepsie und die psychischen Krankheiten, welche als Wirkung der gehemmten, erschwerten oder überhaupt unregelmäßigen Entwickelung der Sexualorgane eintreten und alle Grade der Melancholie, des Wahnsinns und der Raserei durchlaufen können[51]), vorzüglich bei

---

49) Ueber das Einzelne vgl. Mittermaier zu Feuerbach §. 90 b und die dazu angeführte Literatur.

50) Hoffbauer, über die Gelüste, besonders der Schwangeren, und ihren Einfluß auf die rechtliche Zurechnung, im N. Archiv des Criminalrechtes Bd. 1, S. 602 flg. Vgl. Gönner und Schmidtlein, Jahrb. der Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern Bd. 2, S. 324 flg. Henke, Abhandl. aus dem Gebiete der gerichtl. Medicin Bd. 3, S. 237 flg. — N. Archiv des Criminalrechtes Bd. 4, S. 632 flg.

51) Henke, über die Wichtigkeit der Entwickelungskrankheiten in Bezug auf die gerichtl. Medicin, in den Abhandl. der gerichtl. Medicin Bd. 3, S. 189 flg. Osiander, über die Entwickelungskrankheiten in den Blüthenjahren des weib-

Digitized by Google

dem weiblichen Geschlechte; besonders merkwürdig darunter ist die bei dem Eintritte der Mannbarkeit oft erscheinende krankhafte Feuerlust, welche nicht selten die Ursache der von Knaben und Mädchen so häufig begangenen Brandstiftung zu sein scheint[52]), wenn gleich häufig auch andere Gründe, Heimweh, Zorn u. s. w. unleugbar dazu mitgewirkt haben. Beachtung verdient daher die Warnung[53]), nicht zu allgemein in Brandstiftern geistig zerrüttete Personen zu erblicken, selbst wenn bei ihnen (wie bei Knaben, jungen Mädchen oder älteren Personen des weiblichen Geschlechtes im Zeitpunkte des Aufhörens der Menstruation) ein Zusammenhang der That mit krankhaften Vorgängen in den Sexualorganen nicht unwahrscheinlich sein sollte, und Strafloſigkeit nur dann eintreten zu lassen, wenn bedeutende epileptische Zustände der That vorausgegangen sind oder Spuren von Blödsinn bei dem Thäter sich zeigen. Ueberhaupt darf nicht zu vorschnell aus einzelnen Beobachtungen eine allgemeine Regel gebildet werden, sondern jeder einzelne Fall ist nach seiner Eigenthümlichkeit von den Kunstverständigen zu prüfen. Der Richter aber muß aufmerksam sein auf jede Spur einer geistigen Krankheit bei jugendlichen Brandstiftern und auf die der That vorhergegangenen körperlichen Zustände, um auch nur Zweifel über die Möglichkeit der Zurechnung zu fassen und die Kunstverständigen darüber zu befragen. Auch die Schwangerschaft kann aus gleichen Gründen, wie die Entwickelung der Sexualorgane und der Monatsfluß bei dem Eintritte der Mannbarkeit, die Ursache und Quelle physischer Krankheiten werden[54]). Schwangerschaft und Wochenbett gehören vermöge der damit verbundenen gesteigerten Receptivität und der Intemperatur der Sensibilität nicht nur zu den vorbereitenden Ursachen der Geisteszerrüttungen, sondern sie können solche auch für sich allein hervorbringen. Wo bei einer Person in jeder Schwangerschaft sich Geisteszerrüttung einstellte, da leidet der ursachliche Zusammenhang zwischen beiden wohl keinen Zweifel, und die von einer solchen Schwangeren begangene gesetzwidrige That darf nicht vorschnell für eine zurechenbare erklärt werden. Noch größer ist die Gefahr von Fehlgriffen, wenn die Geisteszerrüttung in der Schwangerschaft sich zum ersten Male äußert und überdies keine allgemeine und offenbare ist, sondern sich auf eine einzige fixe Idee beschränkt und bis zur Verübung

---

licken Geschlechtes Th. 1. Göttingen 1817. Henke, über die Zurechnung gesetzwidriger Handlungen der Fallsüchtigen, in den Abhandl. der gerichtl. Medicin Bd. 4, Nr. 1.

52) Beispiele von Brandstiftungen durch Knaben und junge Mädchen s. in Klein's Annalen Bd. 7, Nr. 4, 5. Bd. 12, S. 53, 69, 90, 126. Bd. 13, S. 131, 176. Bd. 14, S. 19, 289. Bd. 16, S. 141. Bd. 20, S. 4, 16, 82. Platner, Quaest. medic. for. Part. 2. 7. 12. Stengel, prakt. jur. Ausarbeit. Bd. 1, S. 219. Tittmann, Vorträge und Urtheile über merkwürdige Strafälle Nr. 6.

53) Im N. Archiv des Criminalr. Bd. 3, S. 169.

54) Henke, Abhandl. Bd. 3, S. 233 flg.

Digitized by Google

einer verbrecherischen That verborgen oder unbemerkt blieb. Nicht mindere Beachtung verdient der psychische Zustand der Gebärenden, welche der Tödtung ihres neugebornen Kindes angeschuldigt sind[55]). Große Ermattung und Schwäche, Betäubung und Schwinden der Sinne, als Folgen einer schweren und langwierigen Geburt u. s. w. kommen zuvörderst in Betracht, wenn die Ursache des Todes des Kindes in der Unterlassung irgend einer zur Erhaltung des Lebens desselben nöthigen Hilfsleistung lag, indem sie die Möglichkeit der Hilfsleistung von Seiten der Mutter ausschließen und die Unterlassung derselben als eine unverschuldete möglicher Weise erscheinen lassen. Keineswegs hingegen können diese Zustände als Veranlassung einer Todesart des Kindes gelten, welche durch gewaltsame Handanlegung oder überhaupt durch vorsätzlich geübte Gewalt irgend einer Art bewirkt wurde. Jene blos passiven Zustände können aber in wilde Delirien, Wahnsinn, Convulsionen mit Sinnenverwirrung übergehen, welche, wenn sie dargethan oder wahrscheinlich gemacht sind, selbst eine gewaltthätige Mißhandlung oder Tödtung des Kindes als zurechnungslos erscheinen lassen. Diese Zustände, welche schon Folge der Geburtsarbeit sein können, werden oft noch durch psychische Einwirkungen, wie Gram, Sorge, Schaam u. s. w. befördert und erhöht; und schon die bloße Möglichkeit, daß die Gebärerin ihr Kind in einem solchen Zustande aufgehobener Willensfreiheit getödtet habe, muß den Richter bestimmen, vor der Urtheilsfällung Kunstverständige zu vernehmen. Noch kann endlich bei der Untersuchung über die Möglichkeit der Zurechnung das hohe Alter des Angeschuldigten in Betracht kommen. An und für sich ist freilich dasselbe kein Grund der Ausschließung der Zurechnung; insofern aber damit Geistesschwäche verknüpft ist, und die im Greisenalter Befindlichen in den Zustand der Kindheit zurückgetreten sind, gilt in Ansehung der Zurechnung das oben von Kindern Bemerkte auch von ihnen[56]). Zu den Aufhebungsgründen der Zurechnungsfähigkeit gehört ferner C. ein solcher unverschuldeter Zustand der Person, in welchem, selbst bei dem Bewußtsein des Strafgesetzes, die mögliche Wirksamkeit desselben auf das Begehren aufgehoben war. Dieses ist der Fall: I. wenn die That im Zustande vorhandener Qualen, welchen gewöhnliche menschliche Standhaftigkeit nicht gewachsen ist, als einziges Mittel, dieselben zu entfernen, verübt worden ist[57]); II. wenn die

---

55) S. Henke, über die zweifelhaften physischen Zustände bei Gebärenden, in Bezug auf die gerichtsärztliche Untersuchung bei Verdacht des Kindermordes, in den angef. Abhandl. Bd. 4, Nr. 3.

56) Henke, Handb. des Criminalr. Bd. 1, §. 51. Von den neueren Gesetzgebungen erklärt das hannöv. StGB. Art. 83 Personen, welche durch hohe Altersschwäche ihren Verstandesgebrauch gänzlich verloren haben, für straflos.

57) Hierher gehört z. B. der Diebstahl von Eßwaaren in rechter Hungersnoth, wo die Seelenqual, wenn Weib und Kinder Hunger leiden, den eigenen

Digitized by Google

That bei gegenwärtiger dringender Gefahr für das Leben oder für ein anderes unersetzliches persönliches Gut als einziges Mittel der Rettung [58]) begangen worden ist, es sei die Person in jene Gefahr entweder 1) durch einen, wenn auch nicht ohne Schuld des Gefährdeten herbeigeführten Unglücksfall, oder 2) durch rechtswidrige Gewalt oder Drohungen versetzt worden. Zu 1. Der erste Fall schließt den Nothfall in sich, welcher das sogenannte Nothrecht [59]) (ius necessitatis) hervorbringt, wo eine rechtsverletzende Handlung zur Rettung eines Rechtes der Persönlichkeit aus der durch natürliche Zufälle entstandenen Gefahr vernichtet zu werden, für zurechnungslos zu halten ist [60]). Das Recht, welches in Noth sein soll, muß ein Recht der Persönlichkeit, z. B. Recht auf Leben oder Gesundheit, sein, weil nur der Verlust eines solchen Rechtes als ein die Strafe schlechterdings überwiegendes Uebel gelten kann. Der Grund des Nothrechtes liegt in einem gewissen höheren Gerechtigkeitsprincip, welches, aus leicht erklärlichen psychologischen Rücksichten, es nicht gestatten kann, daß den Staatsbürgern allgemein zugemuthet werde, dem Strafgesetze geradezu ihre eigene Existenz zum Opfer zu bringen. Dazu kommt noch die Rücksicht, daß sehr oft in solchen Fällen der Noth durch eine, in Vergleichung mit der bedrohten Existenz, unverhältnißmäßig geringe Verletzung anderer Personen oder Rechte gehoben werden kann. Die Noth selbst darf ihren Grund nicht in dem Angriffe eines Anderen haben, weil sonst die Abwendung derselben Nothwehr enthalten würde; auch muß sie im höchsten Grade stattgefunden haben, d. h. es muß wirklich Gefahr des gänzlichen Rechtsverlustes vorhanden gewesen sein, und kein Mittel, ihn auf andere Art, als durch die Rechtsverletzung abzuwenden, gegeben haben. Das Dasein anderer Mittel hebt Nöthigung zur Rechtsverletzung auf. Daher muß auch die Rechtsverletzung selbst als Mittel zur Abwendung haben dienen können [61]); denn außerdem würde sie in keinem Zusam-

---

körperlichen Leiden gleichgestellt wird. Peinl. Gerichtsordnung Art. 166; ferner Foltern, Gefangenschaft u. dgl. um Geheimnisse auszupressen, eine Person zum Incest zu zwingen u. dgl.

58) Dies findet indessen da keine Anwendung, wo die Uebertretung begangen wird durch Verletzung einer besonderen Rechtspflicht, zur Aufopferung des Lebens und der Gesundheit, wie z. B. im Falle des SC. Silanianum (L. 1. pr. D. 29. 5.) und bei Soldaten im Dienste.

59) Die Literatur darüber s. bei Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 1, §. 89, N. k.

60) Neuere Criminalisten handeln von dem Nothrechte nicht bei den Gründen der Aufhebung der Zurechnung, sondern bei den besonderen Gründen, aus welchen man für einzelne Fälle von der Sanction des Strafgesetzes juristisch eximirt sein kann; z. B. Marezoll, Criminalr. §. 24.

61) Gleichviel ist es hierbei, ob das gewählte Mittel unmittelbar oder nur mittelbar der Noth abzuhelfen geeignet war, ob also im Falle des Art. 166 der peinl. Gerichtsordnung, welcher ebensowohl zu den Nothfällen, als zu den im Texte unter I. erwähnten gezählt werden kann, Diebstahl aus Hungersnoth, aus einer Entwendung von Eßwaaren oder anderen Sachen bestand, durch deren

Digitized by Google

menhange mit der Noth stehen und der Grund ihrer Entschuldigung wegfallen[62]). Dies gilt ebenfalls von dem Ueberschreiten der Grenzen der Nothwendigkeit. Sobald nämlich ein geringerer Grad der Rechtsverletzung zur Rettung des in Noth befindlichen Rechtes hinreichend sein konnte, sobald steht der größere Grad nicht unter dem Grunde der Entschuldigung. Es muß aber auch dem Handelnden möglich gewesen sein, die Rechtsverletzung blos in dem kleineren Grade auszuführen; denn wenn es subjective Umstände giebt, welche die Rechtsverletzung nur in dem höheren Grade zulassen[63]), dann ist sie ebenfalls genöthigt und straflos. Von diesen Sätzen bewirkt der Umstand keine Ausnahme, daß die Noth durch eigene Schuld zugezogen worden ist[64]); denn der Zustand, welcher zur Unternehmung der Rechtsverletzung nöthigt und alle Wahl des Gegentheils ausschließt, ist immer einer und derselbe, er mag durch Schuld entstanden sein oder nicht, und nur dies kann erfordert werden, daß er nicht absichtlich hervorgebracht worden sei, um während seines Daseins und unter Berufung auf ihn eine Rechtsverletzung verüben zu können[65]). Noch weniger kommt darauf etwas an, ob die Rechtsverletzung gegen eine Person gerichtet war, welche sie, ohne selbst in Noth zu gerathen, nicht erleiden kann, weil die Erkenntniß des Eintrittes dieser Folge den Drang, sich zu retten, in dem Benöthigten weder zu mindern, noch aufzuheben im Stande ist. Auch kann der Begriff des Nothfalles auf die eigene Noth des Handelnden nicht eingeschränkt werden; er findet vielmehr ebenso gut Statt, wenn die Noth Andere trifft, für deren Erhaltung der Dritte nicht anders, als durch eine Rechtsverletzung sorgen konnte, gleichviel, ob ihn eine persönliche Pflicht oder Menschenliebe überhaupt dazu antrieb[66]). Nicht blos das ge-

---

Verkauf Lebensmittel angeschafft werden konnten. Vgl. Tittmann a. a. O. Note o. und die daselbst angeführten älteren Criminalisten. Der angeführte Artikel der peinl. GO. führt den Diebstahl von Eßwaaren nur beispielsweise an, sonst würde der Diebstahl an geweihten Sachen im Art. 175 nicht auch wegen Hungersnoth entschuldigt werden können.

62) Daher gehört der Fall, wo Jemand aus Verzweiflung eine Rechtsverletzung verübt, z. B. sein Kind ermordet, weil er es nicht ernähren kann, gar nicht hierher. Tittmann a. a. O. Note p.

63) Z. B. wenn der Dieb aus Hungersnoth nichts anderes stehlen kann als etwas, was sein Bedürfniß weit am Werthe übersteigt.

64) A. M. sind manche Criminalisten, z. B. Feuerbach §. 89. Allein das gemeine Criminalrecht kennt eine solche Beschränkung nicht, und die Gesetzstellen, auf welche man sich beruft (L. 7. §. 1. D. 2. 8. L. 2. §. 8. L. 15. D. 2. 11.) sprechen von etwas ganz Anderem.

65) Die neueren Gesetzgebungen verlangen dagegen einen von Seiten des dadurch Bedrängten ganz unverschuldeten Nothfall. Sächs. StGB. Art. 92. Altenb. StGB. Art. 72. Hannöv. StGB. Art. 84. Braunschw. StGB. §. 34. Bad. StGB. §. 81. Hess. StGB. Art. 45. Nass. StGB. Art. 41. Das württemberg. StGB. Art. 106 und das thüring. StGB. Art. 65 unterscheiden aber nicht, ob der Nothstand durch eigenes Verschulden des dadurch Bedrängten herbeigeführt worden ist oder nicht.

66) Art. 166 der peinl. GO. erklärt zwar nur das Stehlen in rechter Hun-

meine Recht erkennt die Strafloſigkeit der im Nothfalle geſchehenen Geſetzesübertretung an[67]), ſondern auch die neueren Strafgeſetzgebungen, letztere jedoch bald im freieren, bald im beſchränkteren Maaße[68]). —

---

gersnoth, wenn Weib und Kinder Hunger leiden, für ſtraflos; daß aber der Nothfall nicht auf die nächſten Angehörigen zu beſchränken ſei, darüber ſiehe Böhmer ad art. 166. der peinl. GO. Saden, Geiſt der peinl. Geſetzgebung Bd. 1, S. 317.

67) Aus dem kanoniſchen Rechte läßt ſich hierher ziehen cap. 4. X. V. 41. Can. 11. Dist. 1. de consecrat. An letzterer Stelle kommt namentlich vor: necessitas non habet legem — Noth kennt kein Gebot. Aus dem teutſchen Rechte gehört hierher der Art. 166 der peinl. GO., welcher freilich zunächſt blos von einer einzelnen ſpeciellen Anwendung von dem Falle redet, wo Jemand einen Diebſtahl begeht, um ſich oder die Seinigen vom Hungertode zu retten.

68) Das öſterreich. StGB. §. 2 erwähnt des Nothſtandes nicht ausdrücklich, ebenſowenig das preuß. StGB. §. 41. Auch das bayer. StGB. gedenkt des Nothſtandes nicht ausdrücklich, wenn man nicht denſelben in der Beſtimmung des Art. 121 (oldenb. StGB. Art. 126) finden will, daß eine That dann ſtraflos ſein ſoll, wenn ſie beſchloſſen und vollbracht worden iſt in irgend einer unverſchuldeten Verwirrung der Sinne oder des Verſtandes, worin ſich der Thäter ſeiner Handlung oder ihrer Strafbarkeit nicht bewußt geweſen iſt. Denn die Art. 125 flg. (oldenb. StGB. Art. 130 flg.) handeln von der Nothwehr. Das ſächſ. StGB. Art. 92 erklärt denjenigen für ſtraflos, welcher eine geſetzwidrige Handlung in einem auf andere Weiſe nicht abwendbaren Nothſtande zur Rettung aus einer gegenwärtigen dringenden Gefahr für Leib oder Leben ſeiner ſelbſt oder ſeiner Angehörigen vorgenommen hat, vorausgeſetzt, daß für den Gefährdeten nicht eine beſondere Verpflichtung zum Beſtehen ſolcher Gefahr obwaltete und nicht die Gefahr als unmittelbare Folge einer von ihm begangenen ſtrafbaren Handlung eingetreten iſt. Das altenb. StGB. Art. 72 (ſächſ. StGB. v. 1838) erklärt denjenigen für nicht ſtrafbar, welcher eine geſetzwidrige Handlung in einem unverſchuldeten, auf andere Weiſe nicht abwendbaren Nothſtande zur Rettung aus einer gegenwärtigen dringenden Gefahr für Leib und Leben ſeiner ſelbſt oder ſeiner Angehörigen begangen hat. Das thüring. StGB. Art. 65 hat dieſelbe Faſſung, unterſcheidet aber nicht, ob der Nothſtand verſchuldet war oder nicht. Als Angehörige gelten nach Art. 37 des thüring. StGB. Ehegatten, Verlobte, Aſcendenten und Deſcendenten und Seitenverwandte bis zum dritten Grade, Verſchwägerte in aufſteigender und abſteigender Linie und in der Seitenlinie bis zum zweiten Grade, Adoptiveltern und Adoptivkinder, Pflegeeltern und Pflegekinder, Vormund und Mündel. Nach dem württemb. StGB. Art. 106 iſt derjenige, welcher außer dem Falle der Nothwehr eine unerlaubte Handlung begangen hat, um eine gegenwärtige, dringende und anders nicht abzuwendende Gefahr für ſein eigenes Leben oder das Leben ſeiner Aſcendenten oder Deſcendenten, ſeines Ehegatten oder ſeiner Geſchwiſter abzuwenden, ſtraflos; doch hat er von der begangenen Verletzung den Beſchädigten ſelbſt oder die Obrigkeit, bei Vermeidung einer Gefängnißſtrafe bis zu ſechs Monaten, in Kenntniß zu ſetzen. Nach dem hannöv. StGB. Art. 84 iſt eine That ſtraflos, wenn ſie in einem auf andere Weiſe nicht abwendbaren äußerſten Nothſtande, zur Rettung von Leib und Leben begangen, auch nicht weiter als zur augenblicklichen Entfernung dieſes Nothſtandes erforderlich war, ausgedehnt iſt und der Thäter nicht ſolchen Nothſtand durch eigenes Verſchulden herbeigeführt hat. Nach dem bad. StGB. §. 81 fällt die Zurechnung einer an ſich unerlaubten Handlung weg, wenn ſie in einem, nicht durch eigenes ſtrafbares Verſchulden herbeigeführten Nothſtande begangen wurde, um eine gegenwärtige, dringende, auf andere Weiſe nicht abwendbare Gefahr für ſein Leben oder das Leben ſeines Ehegatten, oder eines Verwandten oder Verſchwägerten in aufſteigender oder abſteigender Linie ohne

Digitized by Google

Wir knüpfen hieran die Bestimmungen der neuesten Strafgesetzgebungen über die Nothwehr, als Nachtrag zu einem früheren Artikel[69]). Das österreichische Strafgesetzbuch §. 2, lit. g nimmt gerechte Nothwehr nur dann an, wenn sich aus der Beschaffenheit der Personen, der Zeit, des Ortes, der Art des Angriffes, oder aus anderen Umständen mit Grund schließen läßt, daß sich der Thäter nur der nöthigen Vertheidigung bedient habe, um einen rechtswidrigen Angriff auf Leben, Freiheit oder Vermögen von sich oder Anderen abzuwehren, oder daß er nur aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken die Grenzen einer solchen Vertheidigung überschritten habe; eine solche Ueberschreitung kann jedoch nach Beschaffenheit der Umstände als eine strafbare Handlung aus Fahrlässigkeit geahndet werden. Das preußische Strafgesetzb. §. 41 charakterisirt Nothwehr als diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich selbst oder Anderen abzuwenden; der Nothwehr wird gleichgeachtet, wenn der Thäter nur aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgegangen ist. Das sächsische Strafgesetzbuch v. 1855, Art. 91 sieht denjenigen als im Zustande der Nothwehr befindlich an, welcher bei der Ausübung erlaubter Selbsthilfe oder ohne eine solche Veranlassung sich oder Andere von einem widerrechtlichen Angriffe auf die Person oder das Eigenthum bedroht sieht. Bei Ueberschreitung der gesetzlichen Grenzen der Nothwehr findet nach Art. 97 verminderte Zu-

---

Unterschied des Grades, in der Seitenlinie bis zum zweiten Grade, oder der Adoptiveltern oder Adoptivkinder, der Pflegeeltern oder Pflegekinder desselben, oder solcher Personen abzuwenden, welche ihm zur Aufsicht übergeben sind oder zu deren Schutz er besonders verpflichtet ist. Nach dem hess. StGB. Art. 45 (nass. StGB. Art. 42) ist derjenige, welcher außer dem Falle der Nothwehr eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige und dringende Gefahr für sein eigenes oder das Leben seines Ehegatten, seiner Adscendenten oder Descendenten, der Geschwister, der in gleichem Grade Verschwägerten, der Adoptiveltern oder Adoptivkinder, der Pflegeeltern oder Pflegekinder sowie des Verlobten abzuwenden, straflos. Droht die Gefahr einer anderen Person, so ist die Handlung nur insofern, als sie gegen fremdes Eigenthum gerichtet ist, straflos. Hat aber der Thäter oder mit Wissen desselben derjenige Angehörige, von welchem eine solche Gefahr für sein Leben abgewendet werden soll, entweder den Zustand der Noth durch eigenes strafbares Verschulden herbeigeführt oder hat er mehr gethan, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich war, so ist er insoweit den gesetzlichen Strafen unterworfen. Das braunschw. StGB. §. 34 erklärt eine zur Rettung des Thäters oder seiner Angehörigen aus einer gegenwärtigen dringenden Gefahr für Leib und Leben, welche die Folge eines unverschuldeten und auf andere Weise nicht abzuwendenden Nothstandes ist, begangene gesetzwidrige Handlung für straflos. Unter Angehörigen werden nach §. 73 verstanden Verwandte in aufsteigender und absteigender Linie und in der Seitenlinie bis zum vierten Grade römischer Berechnung einschließlich, Stief- und Schwiegereltern, Stief- und Schwiegerkinder, Ehegatten, Schwäger, Verlobte, angenommene Eltern und Kinder, Vormund und Mündel. Die im Nothstande verübte gesetzwidrige Handlung hat der Thäter nach §. 168 der Obrigkeit sofort anzuzeigen.

69) Vgl. den Artikel Nothwehr Bd. VII, S. 380, 381.

Digitized by Google

rechnung Statt. Das hannöversche Strafgesetzbuch Art. 78 gestattet die Nothwehr gegen einen unmittelbar bevorstehenden oder bereits begonnenen unrechtmäßigen Angriff zur Rettung von Leib, Leben, Freiheit, Ehre oder Gut. Vorausgesetzt wird bei der Ausübung der Nothwehr nach Art. 79, daß der Angegriffene nicht den Angreifer vorsätzlich zum Angriffe gereizt hat, und daß die Art und das Maaß der Selbstvertheidigung mit der Gefahr, zu deren Abwendung sie gebraucht wird, in einem angemessenen Verhältniß stehe. Nach Art. 80 hat derjenige, welcher einem Anderen, der sich in rechter Nothwehr befindet, mit thätlicher Hilfe beisteht, für sich selbst und für diesen Anderen alle Rechte der Nothwehr innerhalb derselben Grenzen, wie der Angegriffene selbst. Das braunschweig. Strafgesetzbuch §. 166 erklärt denjenigen, welcher, um sich oder Andere gegen einen unzweifelhaft drohenden oder bereits begonnenen gewaltthätigen rechtswidrigen Angriff auf die Person, die Ehre oder das Vermögen, oder gegen widerrechtliches Eindringen in ein Besitzthum zu schützen, Jemanden tödtet oder verletzt, für straflos, insofern die Art der Vertheidigung im gehörigen Verhältniß zu der abzuwendenden Gefahr steht und nicht Zeit und Gelegenheit zu anderen ihm nicht unbekannten Mitteln vorhanden ist, wodurch die Absicht des Angreifers auf eine für ihn unschädlichere Weise vereitelt werden konnte. Nach gleichen Grundsätzen sind diejenigen zu beurtheilen, welche bei Ausübung ihrer Amtsfunctionen, oder bei Ausführung obrigkeitlicher Befehle, oder bei Ergreifung auf frischer That ertappter oder mit Steckbriefen verfolgter Verbrecher, oder bei Verfolgung des mit der gestohlenen Sache entlaufenden Räubers oder Diebes, oder bei Vertreibung der in ein Besitzthum widerrechtlich Eingedrungenen, gewaltsamen Widerstand finden. Nach §. 167 wird derjenige, welcher die Grenzen gerechter Nothwehr überschreitet, im Falle vorsätzlicher oder unvorsätzlicher Tödtung nach den im Absatze 2 des §. 146 und §. 152 enthaltenen Strafbestimmungen, im Falle vorsätzlicher oder unvorsätzlicher Verletzung nach den in dem letzten Absatze des §. 160 und des §. 161 gegebenen Vorschriften bestraft. Geht aus den Umständen hervor, daß der Angegriffene, im Zustande geminderter Besonnenheit, aus Ueberraschung, Furcht oder Schrecken, die Grenze erlaubter Vertheidigung überschritten hat, so wird ihm diese Ueberschreitung nicht zugerechnet. Dasselbe findet statt, wenn die Anwendung eines erlaubten Vertheidigungsmittels eine größere Verletzung bewirkte, als der Angegriffene beabsichtigte und als den Umständen nach zur Abwehrung des Angriffes erforderlich ist. Eine in der Nothwehr verübte Tödtung oder Verwundung hat der Thäter nach §. 168 der Obrigkeit sofort anzuzeigen. Nach dem thüring. Strafgesetzbuch Art. 66 ist derjenige, welcher, um sich oder Andere gegen einen unzweifelhaft drohenden oder bereits begonnenen gewaltthätigen rechtswidrigen Angriff auf die Person oder die Ehre oder das Eigenthum, oder gegen widerrechtliches Eindringen in ein Besitzthum zu schützen, Jemanden tödtet, körperlich verletzt oder ihm

by Google

sonst Schaden zufügt, straflos, wenn die Art der Vertheidigung im gehörigen Verhältniß zu der abzuwendenden Gefahr steht, und nicht Zeit und Gelegenheit zu anderen ihm nicht unbekannten Mitteln vorhanden war, wodurch die Absicht des Angreifenden auf eine für diesen unschädlichere Weise vereitelt werden konnte. Im übrigen stimmt das thüring. Strafgesetzbuch mit dem braunschweigischen überein. Nach Art. 67 wird die Ueberschreitung der Grenzen der erlaubten Vertheidigung mit geringerer Strafe, als die begangene Rechtsverletzung ohne Zusammentreffen mit der Vertheidigung zur Folge haben würde, belegt. Der Richter hat, unter Berücksichtigung der Größe der Verletzung, der eigenthümlichen Lage des Angegriffenen, der Persönlichkeit desselben und des Angreifenden und der sonstigen Umstände, die Strafe nach seinem Ermessen zu bestimmen, ohne rücksichtlich der Strafart und Strafgröße durch einen geringsten Satz beschränkt zu sein. Hat die Anwendung eines erlaubten Vertheidigungsmittels eine größere Verletzung bewirkt, als der Angegriffene beabsichtigte und den Umständen nach zur Abwehrung des Angriffes erforderlich war, so tritt keine Strafe ein. Dasselbe findet statt, wenn sich aus den Umständen ergiebt, daß der Angegriffene im Zustande geminderter Besonnenheit, aus Ueberraschung, Furcht oder Schrecken, die Grenzen der erlaubten Vertheidigung überschritten hat. Das bayerische Strafgesetzbuch Art. 125—133 (oldenb. StGB. Art. 130—138) gestattet die Abwendung rechtswidriger Gewaltthaten und verbrecherischer Angriffe auf Personen oder Güter, zu deren Abwendung die Aufforderung obrigkeitlicher Hilfe unmöglich oder die gegenwärtige obrigkeitliche Hilfe unzureichend ist, durch Privatgewalt, und erklärt die in solcher rechtmäßigen Vertheidigung geschehene Vergewaltigung, Beschädigung oder Tödtung des Angreifers für straflos, sofern die gesetzlichen Grenzen dabei nicht überschritten sind. Jeder ist befugt, einem Anderen, welcher in rechter Nothwehr sich befindet, mit thätlicher Hilfe beizustehen, und hat alsdann für sich selbst und für diesen Anderen alle Rechte der Nothwehr mit den dabei zu beobachtenden Pflichten, wie der Angegriffene selbst. Die gewaltsame Privatvertheidigung ist nicht entschuldigt, wenn Zeit und Gelegenheit zu anderen dem Angegriffenen nicht unbekannten Mitteln vorhanden war, durch welche dieselbe ohne alle andere Gefahr sich dem Angriffe zu entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit zu bringen, oder sonst die Absicht des Angreifers zu vereiteln vermochte. Bei vorhandener Nothwendigkeit zu einer gewaltsamen Vertheidigung darf ihre Ausübung nicht weiter getrieben und kein gefährlicheres Vertheidigungsmittel gebraucht werden, als zur Abwendung der Gefahr nothwendig ist. Deshalb ist a) der Gebrauch lebensgefährlicher Vertheidigungsmittel strafbar, wenn der Angreifer durch ungefährliche Gewalt übermannt oder abgehalten werden konnte; b) wer durch eine blos abhaltende Gegenwehr sich des Angriffes erwehren konnte, wird strafbar durch den Gebrauch einer auf Leib oder Leben gerichteten angreifenden Vertheidigungsgewalt, wie auch c) wenn derselbe statt einer

Digitized by Google

blos ungefährlichen Verwundung des Gegners, welche in seiner Macht gestanden, denselben lebensgefährlich verletzt oder getödtet hat. Innerhalb der vorbestimmten Grenzen ist die Vertheidigung gestattet a) gegen alle gewaltthätigen mit Gefahr für Gesundheit, Leben, Freiheit oder Keuschheit verbundenen Angriffe auf die Person selbst; b) gegen einen auf dem Diebstahl Ertappten; c) gegen verbrecherische Gewaltthaten, welche auf Beschädigung oder Vernichtung liegenden oder beweglichen Eigenthums gerichtet sind; d) gegen diejenigen, welche in eines Andern unbewegliches Besitzthum gewaltthätig einzubrechen oder sonst auf unerlaubte Weise einzudringen versuchen. Wenn im Falle überschrittener Grenzen rechtmäßiger Vertheidigung aus den Umständen des Ortes, der Zeit, der Personen, der Art des Angriffes und dergleichen mit Wahrscheinlichkeit sich ergiebt, daß der Angegriffene aus Ueberraschung, übermächtiger Furcht in gestörter Besonnenheit das Maaß erlaubter Vertheidigung überschritten habe, so ist die verschuldete Unbedachtsamkeit straflos. Dasselbe findet statt, wenn während der Gegenwehr des Angegriffenen aus der Anwendung eines an sich erlaubten und den Umständen angemessenen Vertheidigungsmittels unabsichtlich eine größere Beschädigung des Angreifers entstanden ist, als zu dessen Abhaltung erforderlich und von dem Angegriffenen beabsichtigt war. Im übrigen hat das Gericht im Falle einer sträflichen Ueberschreitung der Grenzen rechtmäßiger Vertheidigung nach den Umständen zu beurtheilen, ob diese Ueberschreitung blos als Fahrlässigkeit oder als böser Vorsatz zuzurechnen sei. Verletzung oder Tödtung des rechtswidrigen Angreifers, welche erst nach geendigtem Angriffe und gänzlich entfernter Gefahr geschehen ist, wird als unerlaubte Rache wie ein vorsätzliches Verbrechen bestraft, sofern nicht andere Gründe die Handlung entschuldigen. Die den Beweis der Nothwehr betreffenden Art. 134—136 des bayerischen Strafgesetzbuches sind durch Art. 8, Abs. 2 des Gesetzes v. 29. August 1848 aufgehoben, während das oldenb. StGB. Art. 139—141 die in den gedachten Artikeln enthaltenen Vorschriften des bayerischen Gesetzbuches aufgenommen hat. Nach diesen wird Nothwehr nicht vermuthet, sondern muß durch Beweis zur Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit erhoben werden. Wenn durch Zeugniß, Aussage des verletzten Angreifers oder aus dem Zusammentreffen besonderer Umstände und Vermuthungsgründe glaubwürdig dargethan ist, daß der Angeschuldigte durch gefährlichen Angriff in Nothstand gesetzt worden ist; so wird die Rechtswidrigkeit dieses Angriffes, sowie auch die erfolgte Beobachtung der Grenzen rechtmäßiger Vertheidigung so lange vermuthet, als nicht aus den Umständen das Gegentheil sich deutlich ergiebt. Wer in Nothwehr einen Anderen verwundet oder getödtet hat, hat den Vorfall der nächsten Obrigkeit schleunigst anzuzeigen. Wer dieses unterläßt oder gar den Vorfall zu verheimlichen trachtet, hat, wenn gleich nachher der gefährliche Angriff des Anderen erwiesen worden ist, dennoch die Vermuthung überschrittener Nothwehr wider sich. Er-

Digitized by Google

giebt die Untersuchung das Gegentheil dieser Vermuthung, so ist derselbe zwar in Ansehung der Verwundung und Tödtung loszusprechen; jedoch wegen der Verheimlichung oder der unterlassenen Anzeige zu vier Tagen bis zu einem Monat Gefängniß zu verurtheilen. Die Fälle, in welchen das württemberg. StGB. Art. 102 die Nothwehr innerhalb der gesetzlichen Grenzen für straflos erklärt, sind schon in dem Artikel Nothwehr angegeben. Nach Art. 103 sind die Grenzen rechtmäßiger Vertheidigung überschritten: a) wenn Zeit und Gelegenheit zu anderen, dem Angegriffenen nicht unbekannten Mitteln vorhanden war, durch welche derselbe ohne Gefahr dem Angriffe sich zu entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit zu bringen oder sonst die Absicht des Angreifers zu vereiteln vermochte; b) wenn der Gebrauch erlaubter Vertheidigungsmittel zu weit ausgedehnt, oder wenn ein gefährlicheres Vertheidigungsmittel gebraucht worden ist, als unter den Umständen, in welchen sich der Angegriffene zur Zeit des Angriffes befand, nothwendig erschien; c) wenn bei einem Angriffe auf liegendes oder bewegliches Eigenthum nach allen, dem Angegriffenen bekannten Umständen Schadenersatz zu erwarten war. Bei Beurtheilung dieser Fälle soll der Richter auf die Persönlichkeit des Angreifers und des Angegriffenen, auf die Gemüthsstimmung des Letzteren und auf die besondere Lage, in welcher sich Beide zur Zeit des Angriffes befanden, Rücksicht nehmen. Todtschlag, welcher durch vorsätzliche Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr verübt worden ist, wird nach Art. 244 vergl. mit Art. 243, Abs. 2 mit Kreisgefängniß von vier bis sechs Jahren bestraft. Körperverletzung, welche durch vorsätzliche Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr dem Angreifer im Affecte zugefügt worden ist, wird nach Art. 265 eben so bestraft, wie Körperverletzung nach Art. 264, wenn deren Urheber durch schwere Beleidigungen, Beschimpfungen oder Mißhandlungen zum Zorne gereizt und auf der Stelle zur That hingerissen wurde. Das hessische Strafgesetzbuch Art. 46—53 (nass. StGB. Art. 43—50) stimmt hinsichtlich der Fälle, in welchen die Nothwehr gestattet ist, sowie hinsichtlich der dabei zu beobachtenden Grenzen mit dem württembergischen Strafgesetzbuch überein, jedoch mit dem Zusatze, daß es die Selbstvertheidigung auch gegen gewaltthätige Angriffe auf die Keuschheit gestattet. Eine schuldhafte Ueberschreitung der Grenzen der rechten Nothwehr wird mit Gefängniß oder Geldbuße, in besonders schweren Fällen mit Correctionshaus bis zu sechs Monaten bestraft; ist jedoch aus allen Umständen mit Gewißheit zu entnehmen, daß die Grenzen der Nothwehr vorsätzlich überschritten worden sind, so tritt die gesetzliche Strafe des dadurch verübten Verbrechens ein. Tödtung, Verwundung oder Mißhandlung des rechtswidrigen Angreifers, welche erst nach Beendigung des Angriffes und nach vorübergegangener Gefahr erfolgt ist, unterliegt den gesetzlichen Strafen. Das badische Strafgesetzbuch §. 84 gestattet Nothwehr: a) gegen alle gewaltthätigen, mit Gefahr für Leib, Leben, Freiheit oder Ehre verbundenen Angriffe auf die Person selbst; b) gegen

Digitized by Google

Gewaltthaten, welche auf Beschädigung, Hinwegnahme oder Zerstörung von Vermögensgegenständen gerichtet sind; c) gegen denjenigen, welcher in eines Anderen Besitzthum gewaltthätig einzufallen, einzubrechen oder auf sonst unerlaubte Weise einzudringen sucht. Die in solcher Nothwehr geschehene Verletzung oder Tödtung des Angreifers ist im §. 85 für straflos erklärt, insofern bei der Ausübung die Grenzen derselben nicht überschritten sind. Unter gleicher Voraussetzung erklärt §. 86 die Verletzung oder Tödtung eines Dritten für straflos, wenn sie zur Abwehr eines mit Gefahr für das Leben des in Nothwehr Versetzten verbundenen Angriffes unvermeidlich war, oder von ihm nach den Umständen des einzelnen Falles als unvermeidlich betrachtet werden durfte. Wenn in den Fällen a. und b. das bedrohte Gut im allgemeinen sowohl, als nach den Verhältnissen des Angegriffenen auch für ihn nur von geringem Werthe ist, und dabei in den Fällen unter c. das Besitzthum, in welches der Angreifer einzufallen, einzubrechen oder sonst auf unerlaubte Weise einzudringen sucht, nicht zu den Gebäuden oder anderen Räumen der im §. 381, Nr. 2 bezeichneten Art gehört, so gilt die zur Abwehr geschehene vorsätzliche Tödtung oder lebensgefährliche Verletzung des Angreifers nach §. 87 nicht für entschuldigt. Im §. 88 ist jedoch diese Beschränkung für unanwendbar erklärt auf den Fall der Vertheidigung gegen Räuber, gefährliche oder nächtliche Diebe, sowie auf Fälle, wo der Angegriffene aus der Art des Angriffes oder aus anderen Umständen zugleich Gefahr für seine Person selbst zu besorgen Grund hatte. Eine Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr ist vorhanden: a) in den Fällen des §. 87, wenn der Angegriffene, ohne daß die Voraussetzungen des §. 88 vorhanden waren, den Angreifer vorsätzlich getödtet oder ihm vorsätzlich eine lebensgefährliche Verletzung zugefügt hat; b) in allen Fällen, wo dem Angegriffenen nachgewiesen werden kann, daß er in der Gegenwehr vorsätzlich weiter ging, als nothwendig war, oder er nach den Umständen des einzelnen Falles als nothwendig betrachten durfte, um die Gefahr mit Sicherheit und ohne Nachtheil abzuwenden. In den Fällen des §. 89 unter b. hat das Gericht nach den Umständen zu beurtheilen, ob die aus der Ueberschreitung entstandene Verletzung zum Vorsatze oder blos zur Fahrlässigkeit zuzurechnen sei. Wenn in den Fällen des §. 89 aus der Beschaffenheit des Ortes, der Zeit, der Personen, der Art des Angriffes, der Waffen oder aus anderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit sich ergiebt, daß der Angegriffene unter der Einwirkung von Ueberraschung oder Furcht, im Zustande gestörter Besonnenheit, das Maaß erlaubter Vertheidigung überschritten hat, so wird ihm solche Ueberschreitung nicht zur Strafe angerechnet. Auch wenn eine bei Ueberschreitung der Nothwehr eingetretene Tödtung oder andere Verletzung dem Angegriffenen zum Vorsatze oder zur Fahrlässigkeit zuzurechnen ist, kann demselben der Umstand, daß er sich im Falle erlaubter Nothwehr befand, als Strafmilderungsgrund zu Statten kommen. Die §§. 93—96 unterscheiden von dem Falle der

Nothwehr die erlaubte Selbsthilfe. Diese ist gestattet a) dem rechtmäßigen Besitzer, innerhalb der für die Nothwehr bestimmten Grenzen, um denjenigen, welcher in sein Besitzthum gewaltthätig eingefallen, eingebrochen oder sonst auf unerlaubte Weise eingedrungen ist, daraus zu vertreiben, oder um eine ihm entwendete Sache demjenigen, welcher noch im Fortbringen derselben begriffen ist, wieder abzunehmen; b) dem Eigenthümer oder sonst Berechtigten, um Personen, an welche er aus Verbrechen oder anderen Gründen Ansprüche hat, festzunehmen und vor die nächste Gerichts- oder Polizeibehörde zu führen, wenn durch deren Flucht oder durch andere Umstände die dringende Gefahr begründet ist, daß sonst die obrigkeitliche Hilfe unmöglich würde, oder um unter eben dieser Voraussetzung solchen Personen das von ihm in Anspruch genommene Gut abzunehmen. Wer einem Anderen, welcher sich im Falle erlaubter Nothwehr oder erlaubter Selbsthilfe befindet, beisteht, dem kommen dabei alle Rechte der Nothwehr und der Selbsthilfe gleich dem Anderen selbst zu Statten. In dem unter b. erwähnten Falle erlaubter Selbsthilfe ist die Anwendung von Waffen oder anderen gefährlichen Werkzeugen unzulässig. Zu 2. Wenn es physisch unmöglich war, eine strafbare Handlung zu unterlassen, weil der Handelnde, und zwar ohne sein Verschulden, bei dem in Frage stehenden Thun oder Lassen, einer fremden überwiegenden Körpergewalt, welcher er nicht zu widerstehen im Stande war, als bloßes Werkzeug diente, wobei es gleichgiltig ist, ob diese überwiegenden Körperkräfte von Menschen herrühren, oder andere Naturkräfte sind, so erscheint die That als eine unfreiwillige und ist daher unzurechenbar[70]), da von einer Bestimmung des Willens durch den Handelnden selbst gar nicht die Rede sein kann. Der psychologische Zwang hingegen läßt allerdings eine Bestimmung des Willens übrig; nur ist diese Bestimmung keine willkürliche, indem die Drohung von Uebeln im Falle der Nichtbegehung eines Verbrechens alle Motive zur Unterlassung desselben überwinden und den Willen mit unwiderstehlicher Gewalt zur Verübung des Verbrechens hinreißen kann. Mag dann immer hinterher die Stimme des Gewissens den Thäter verdammen, daß er sich durch die Drohungen von Uebeln zur Begehung einer widerrechtlichen That bestimmen ließ; der Staat, welcher den Thäter nicht als reines Vernunftwesen zu betrachten und zu behandeln befugt ist und welcher von seinen Angehörigen keinen heroischen Muth und keine unbedingte Herrschaft der Vernunft über die Sinnlichkeit fordern kann, erhält dadurch kein Recht, Strafe über den Reuigen zu verhängen. Es ist hier auch ein ganz anderes Verhältniß, als da, wo Jemand im Affecte ein Verbrechen beging und wo er gleichwohl deshalb bestraft wird, daß er diesen Affect nicht zügelte und der Herrschaft unterwarf. Denn demjenigen, welcher durch Drohungen noch bevorstehender Uebel zur augenblicklichen Begehung einer widerrechtlichen Handlung hinge-

70) Beispiele enthalten L. 13. §. 7. L. 39. pr. D. 48. 5.

Digitized by Google

rissen wird, kann nicht, wie dem Sclaven der Affecte, eine vorhergehende Schuld des Nichtgebrauches der Vernunft zur Last gelegt werden; vielmehr steht ihm noch als besonderer Entschuldigungsgrund die durch die Drohung hervorgebrachte Verwirrung der Sinne und des Verstandes zur Seite. Abgesehen von der Individualität der Personen und der Umstände und Verhältnisse des einzelnen Falles lassen sich indessen allgemeine Bedingungen der Zulässigkeit des Entschuldigungsgrundes erlittenen Zwanges allerdings aufstellen, theils in Beziehung auf die Größe des angedrohten Uebels, theils in Beziehung auf dessen Ausführbarkeit. Das angedrohte Uebel muß nämlich größer oder wenigstens ebenso groß gewesen sein, als die durch Verübung des Verbrechens verwirkte Strafe, um als hinlänglicher Bestimmungsgrund des Willens betrachtet werden zu können. Auch ist zu erwägen, ob die Drohung sogleich ausführbar war, oder ob die Ausführung derselben, wenn sie auch nicht als augenblicklich bevorstehend angekündigt wurde, nicht wohl ohne größeren Nachtheil hintertrieben werden konnte, oder ob der Bedrohte die Drohung auch nur in dieser Gestalt zu erblicken Veranlassung haben konnte oder nicht. War also das gedrohte Uebel geringer, als die zu erwartende Strafe, was unter anderen nach der Ersetzbarkeit oder Unersetzbarkeit des bedrohten Gutes zu beurtheilen ist, oder konnte die Drohung nicht sogleich vollzogen oder die Ausführung derselben vielleicht noch hintertrieben werden, so muß die Berufung auf erlittenen Zwang unberücksichtigt bleiben. Allein bei der Abwägung des Strafübels gegen das gedrohte ist nicht außer Acht zu lassen, daß das letzte ein gewisses oder doch für gewiß geachtetes, das erste ein nur ungewisses ist; daß das letzte ferner ein nahes, das erste auf jeden Fall noch entfernt ist; ja daß dem durch die Drohung Bedrängten ein kaltes Abwägen beider Uebel nicht wohl zugemuthet werden kann, weil er in der Regel zu beängstigt dazu sein und nur durch den Selbsterhaltungstrieb bestimmt werden wird; endlich, daß in dem Augenblicke, wo er des wirksamen Schutzes des Staates entbehrt, die Heilighaltung der rechtlichen Ordnung von ihm nicht unbedingt gefordert werden kann. Ganz allgemeine Regeln, welche die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Berufung auf Zwang für alle Personen und für alle Fälle gleichmäßig bestimmen, sind daher schwerlich zu rechtfertigen; wenigstens wird das von dem Bedrohten begangene Verbrechen oft nur als ein aus Fahrlässigkeit begangenes zugerechnet werden können, deren Grade in jedem einzelnen Falle zu berechnen sind nach dem Verhältniß des gedrohten Uebels zu dem Uebel des Verbrechens, und nach der größeren oder geringeren, durch die Individualität der Personen bedingten Verwirrung, in welcher der Bedrohte sich befand. Uebrigens ist es gleich, ob die Drohung ein Uebel für den Bedrohten selbst oder für eine andere von ihm geliebte Person, z. B. dessen Eltern, Kinder, Ehegatten u. s. w. ankündigte. In allen neueren Strafgesetzgebungen ist dieser Strafaufhebungsgrund anerkannt. Allgemein ist dies der Fall im Code pénal art. 64, welcher folgende allge-

Digitized by Google

meine Fassung hat: „lorsqu'il a été contraint par une force a la quelle il n'a pu resister“ [71]). Ebenso allgemein ist die Fassung im österreich. Strafgesetzb. §. 2. lit. g., wornach eine Handlung oder Unterlassung nicht als Verbrechen zugerechnet wird, wenn die That durch unwiderstehlichen Zwang erfolgte; im preuß. Landrechte Th. II, Tit. 20. §. 19—21, wo es aber heißt, daß Furcht vor Drohungen, deren Gefahren mit Hilfe des Staates oder sonst abzuwenden waren, ebenso wenig entschuldigt, als Furcht vor bloßem Schaden am Vermögen; im preuß. Strafgesetzb. v. 1831, §. 40, welches ein Verbrechen oder Vergehen dann als nicht vorhanden annimmt, wenn die freie Willensbestimmung des Thäters durch Gewalt oder Drohungen ausgeschlossen war. Die Fassung des preuß. Strafgesetzbuches ist hiernach noch allgemeiner, als die des Code pénal, indem nicht gesagt wird, daß die Gewalt eine unwiderstehliche gewesen sein müsse, auch weder die Art der Gefahr, welche die Drohungen befürchten lassen, näher bezeichnet, noch gesagt wird, daß die Gefahr eine gegenwärtige, dringende und unabwendbare sein müsse. Das bayer. Strafgesetzbuch Art. 121 (oldenb. StGB. Art. 126) ist in dieser Beziehung vollständiger und genauer, indem es eine That für straflos erklärt, wenn Jemand durch unwiderstehliche körperliche Gewalt oder durch Drohungen, welche mit einer gegenwärtigen und unabwendbaren Gefahr für das Leben verbunden waren, zu einer sonst sträflichen Handlung genöthigt worden ist [72]). Nach dem württemb. Strafgesetzb. Art. 101 unterliegen Handlungen, zu welchen Jemand durch unwiderstehliche körperliche Gewalt genöthigt worden ist, oder durch Drohungen, welche mit einer gegenwärtigen und anders nicht abzuwendenden Gefahr für Leib oder Leben des Genöthigten selbst oder seiner Adscendenten und Descendenten, seines Ehegatten oder seiner Geschwister verbunden waren, keiner Zurechnung. Nach dem sächs. Strafgesetzbuch v. 1838 Art. 69 (altenb. StGB. v. 1841 Art. 69) ist Zurechnung ausgeschlossen bei Handlungen oder Unterlassungen, zu welchen Jemand durch unwiderstehliche körperliche Gewalt oder durch Drohungen, welche mit gegenwärtiger unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben desselben oder einer dritten Person verbunden sind, oder durch gegründete Besorgniß solcher Gefahren genöthigt wird. Nach dem sächs. Strafgesetzb. v. 1855 Art. 93 schließt Zwang die strafrechtliche Zurechnung aus, wenn er in unwiderstehlicher körperlicher Gewalt oder in solchen Drohungen besteht, wodurch der Bedrohte in den Zustand echter Noth versetzt wird (Art. 92), also mit einer gegenwärtigen unabwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder seiner Angehörigen bedroht wird. Nach

71) In dieser allgemeinen Fassung begreifen Viele (z. B. Boitard, leçons sur le Code pénal p. 328, Rauter, traité nr. 69, Hélie, theorie du Code pénal T. II. p. 264.) auch die force morale. S. jedoch auch Sellyer, traité du droit criminel T. I. p. 174.

72) Die bayerische Fassung wird als zu eng getadelt und wurde auch in dem bayerischen Entwurfe eines neuen Strafgesetzbuches von 1822 erweitert.

Digitized by Google

dem bad. Strafgesetzb. §. 82 unterliegen keiner Zurechnung Uebertretungen, zu welchen der Uebertreter durch unwiderstehliche körperliche Gewalt genöthigt worden ist, oder durch Drohungen, welche mit einer gegenwärtigen, dringenden, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für das Leben des Genöthigten oder einer der im §. 81 bezeichneten Personen (Ehegatten, Verwandte oder Verschwägerte in aufsteigender oder absteigender Linie, ohne Unterschied des Grades, in der Seitenlinie bis zum zweiten Grade, Adoptiveltern oder Adoptivkinder, Pflegeeltern oder Pflegekinder, solche Personen, die dem Genöthigten zur Aufsicht übergeben, oder zu deren Schutze er besonders verpflichtet ist) verbunden waren. Uebertretungen, zu welchen der Uebertreter durch gegen ihn oder eine der im §. 81 genannten Personen angewendete, mit der Gefahr unverzüglicher Verwirklichung verbundene Drohungen mit großen Uebeln anderer Art bestimmt worden ist, werden, je nach der Größe des gedrohten Uebels und des in der Uebertretung enthaltenen Verbrechens, von gemilderter oder ebenfalls von gar keiner Strafe getroffen. Die Zurechnung soll nach §. 83 nicht wegfallen, wenn zur Uebernahme der Gefahr, zu deren Abwendung die Uebertretung geschah, für den Gefährdeten eine besondere Rechtspflicht vorhanden war[73]). Das hess. Strafgesetzbuch Art. 39 (nass. StGB. Art. 37) schließt die Zurechnung aus bei Uebertretungen, zu welchen der Uebertreter durch unwiderstehliche körperliche Gewalt genöthigt worden ist, oder durch Drohungen, welche mit einer gegenwärtigen und anders nicht abzuwendenden Gefahr für Leib oder Leben des Genöthigten selbst, oder des Ehegatten, oder der Adscendenten und Descendenten, der Geschwister, der in gleichem Grade Verschwägerten, der Adoptiveltern oder der Adoptivkinder, der Pflegeeltern oder Pflegekinder, sowie des Verlobten desselben verbunden waren[74]). Das hannöv. Strafgesetzbuch Art. 84 erklärt eine That für straflos, wenn der Thäter durch unwiderstehliche Gewalt oder auch durch Drohungen, welche mit einer gegenwärtigen Leibes- oder Lebensgefahr verbunden sind, zu der Handlung gezwungen worden ist[75]). Das braunschw. Strafgesetzbuch §. 33 erklärt denjenigen, welcher durch unwiderstehliche körperliche Gewalt oder durch gefährliche Drohungen gegen ihn selbst oder seine Angehörigen (§. 73) zu Uebertretungen des

---

73) Man dachte dabei an die Fälle, wo ein Soldat im Angriffe, ein Gensd'arm in offenbarer Gefahr sich befindet. Thilo, Commentar S. 118.

74) Hiernach ist die Fassung des hessischen Strafgesetzbuches mit der des badischen im Wesentlichen übereinstimmend; jedoch ist der in dem letzteren vorkommende Zusatz von dem Worte Uebertretungen an ebenso wie §. 83 weggelassen; man wollte also auf andere Drohungen, als die für Leib oder Leben, keine Rücksicht nehmen. Breidenbach, Comm. zum hess. Strafgesetzbuche S. 523—535. Die Gründe, aus welchen man den badischen §. 83 nicht aufnahm, s. bei Breidenbach a. a. O. S. 536.

75) Diese Fassung wird als viel zu eng getadelt. Leonhardt, Comm. zum hannöv. Strafgesetzbuche Bd. 1, S. 536.

Digitized by Google

Strafgesetzes gezwungen wird, für straffrei. Nach dem thüring. Strafgesetzbuch Art. 64 ist derjenige straflos, welcher zu einer gesetzwidrigen Handlung durch unwiderstehliche körperliche Gewalt oder durch Drohungen, welche mit einer gegenwärtigen unabwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Dritten verbunden sind, oder doch eine begründete Besorgniß einer solchen Gefahr erregen, gezwungen wird. — Auch die Frage gehört hierher, inwiefern der Befehl die Strafbarkeit des Gehorchenden begründe, vorzüglich bei dem Soldaten und Beamten. Das römische Recht[76]) nimmt bei demjenigen, welcher auf richterlichen Befehl handelt, keinen böslichen Vorsatz an, weil er Gehorsam leisten muß. Gewiß ist, daß nur ein in der verfassungsmäßigen Form von dem zuständigen Vorgesetzten gegebener Befehl straflos mache; eine Pflicht zum unbedingten Gehorsam ist nicht anzunehmen. Die neueren Strafgesetzgebungen haben, jedoch nicht alle, diese Frage in den Kreis ihrer Bestimmungen gezogen. Das bayer. Strafgesetzbuch Art. 122 (oldenb. StGB. Art. 127) erklärt nur den vorgesetzten Beamten für strafbar, wenn derselbe eine solche Handlung befohlen hat, welche blos als Mißbrauch Ueberschreitung oder Verletzung der Amtspflicht strafbar ist. Nach dem sächs. Strafgesetzbuch Art. 94 kommt der Befehl eines Vorgesetzten dem Untergebenen insofern zu Statten, daß er wegen einer in Gemäßheit desselben vorgenommenen Handlung, auch wenn sie etwas Gesetzwidriges enthält, nicht bestraft werden kann, dafern der Vorgesetzte an und für sich zu der Anordnung dieser Handlung berechtigt war und die Gesetzwidrigkeit des Befehles nicht sofort in das Auge fiel. Das württemb. Strafgesetzbuch Art. 403 erklärt, wenn Staatsbeamte oder öffentliche Behörden ihren untergebenen Beamten, Dienern oder untergeordneten Behörden in Verhältnissen, wo sie zu gehorchen schuldig waren, eine Handlung befohlen haben, welche blos als Mißbrauch der Amtsgewalt, Ueberschreitung der Amtsbefugnisse oder Verletzung der Amtspflichten strafbar ist, nur den befehlenden Theil für verantwortlich, sofern der gehorchende der Vorschrift des §. 53 der Verfassungsurkunde nachgekommen ist. Das hannöv. Strafgesetzbuch Art. 85 sagt: „Wenn ein öffentlicher Diener oder eine öffentliche Behörde ihren untergebenen Beamten, Dienern oder untergeordneten Behörden eine solche Handlung befohlen hat, welche nur als Mißbrauch, Ueberschreitung oder Verletzung der Amtspflichten des befehlenden Theiles strafbar ist, so wird allein der befehlende Theil verantwortlich, nicht der gehorchende." Das hess. Strafgesetzb. Art. 40 macht, wenn der Befehl dem Handelnden von seinem Vorgesetzten und in den gehörigen Formen ertheilt worden, und die befohlene Handlung blos als Mißbrauch oder Ueberschreitung der Amtsgewalt, oder als Verletzung der Amtspflichten strafbar ist, nur den Befehlenden verant-

76) L. 167. §. 1. D. 50. 16.: „Qui iussu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet."

Digitized by Google

wortlich[77]). In das naſſauiſche Strafgeſetzbuch iſt dieſe Beſtimmung des heſſiſchen nicht übergegangen. Gar nicht wird die Frage berührt in den Strafgeſetzbüchern Oeſterreichs, Preußens, Badens, Thüringens, Sachſen-Altenburgs, Braunſchweigs. Die Faſſung der oben erwähnten neuen Geſetzbücher, mit Ausnahme des ſächſiſchen, iſt weder dem Anſehen des Geſetzes, noch der wünſchenswerthen Stellung der Beamten günſtig. Im Code pénal beſtimmt der Art. 327, daß Tödtung und Verwundung ſtraflos ſind, wenn ſie geboten wurden „par la loi et commandés par l'autorité legitime.“ Dadurch iſt die Strafloſigkeit des Gehorchenden nicht davon abhängig gemacht, daß ein Befehl des Vorgeſetzten vorhanden war; es muß der Befehl geſetzlich ſein und blinder Gehorſam iſt nicht gefordert[78]). — Endlich wird D. die Freiheit der Selbſtbeſtimmung aufgehoben und die Zurechnung ausgeſchloſſen durch Irrthum und Unwiſſenheit. Was 1) den Irrthum betrifft, ſo iſt darunter jede unrichtige Vorſtellung in Anſehung derjenigen Eigenſchaften von Perſonen, Sachen und Handlungen zu verſtehen, wodurch der Thatbeſtand eines in Frage ſtehenden Verbrechens bedingt iſt. In Bezug auf den Einfluß des factiſchen Irrthums iſt zu unterſcheiden: a) ob derſelbe vorhanden war in Bezug auf Thatumſtände, deren Daſein ein weſentlich zum Thatbeſtande eines beſtimmten Verbrechens gehöriges Merkmal begründete, z. B. daß die Subſtanz Gift enthielt, und hier iſt wieder zu unterſcheiden, aa) ob der Irrthum unverſchuldet oder bb) ein culpoſer war; b) ob der Irrthum Thatumſtände betraf, deren Daſein die Strafbarkeit vermehrt, z. B. daß der Getödtete ein Verwandter des Thäters iſt; oder c) ob er die Perſon des Verletzten betraf, und zwar aa) je nachdem ein Verbrechen, welches nur eine beſtimmte Richtung gegen eine gewiſſe Perſon nach der Abſicht des Thäters haben ſollte, durch eine Verwechſelung eine andere Perſon traf, oder bb) ob die Veranſtaltung des Thäters ſo getroffen wurde, daß der Thäter ſeine Gleichgiltigkeit dagegen bewies, welche Perſon durch das Verbrechen verletzt würde, z. B. Brunnenvergiftung, oder wo ſelbſt ein unbeſtimmter Dolus vorlag, oder cc) ob ein Verbrechen, welches ſchon ſeiner beabſichtigten Richtung nach eine gewiſſe Perſon verletzte, durch ein von dem Thäter nicht veranſtaltetes hinzukommendes Fortwirken oder überhaupt eine außer der Handlung des Thäters liegende Urſache eine andere Perſon traf; d) ob das auf eine Sache gerichtete Verbrechen eine andere Sache aus Verwechſelung oder Irrthum trifft[79]). Grund-

---

77) Nach dieſer Faſſung kommt es nicht darauf an, daß der Gehorchende kein öffentlicher Diener war; auch nicht darauf, ob der Befehlende zu dem Befehle berechtigt war. Breidenbach, Commentar Bd. 1, S. 549.

78) Boitard, leçons p. 331. Hélie, theorie T. VI. p. 63. Sellyer, traité T. I. p. 241—250.

79) Vgl. über dieſe Fälle Pfotenhauer, de delicto per errorem in persona commisso. Hal. 1828. Archiv des Criminalr. Bd. 3, S. 486. Bd. 12, S. 281. Hitzig, Annalen Heft 26, S. 300.

regel bei dem factischen Irrthum muß sein, daß da, wo der Thäter aus Irrthum über Thatsachen die Eigenschaft seiner Handlung, wodurch sie strafbar wird oder ihre Strafbarkeit vermehrt wird, nicht gekannt, mithin im letzteren Falle ein schwereres Verbrechen verübt hat, als er verüben wollte, ihm die That im ersten Falle gar nicht, im letzteren nur so weit zum Vorsatze zuzurechnen ist, als sie in seiner Absicht gegründet war. Damit stimmen die neuen Strafgesetzgebungen überein. Das bayerische Strafgesetzbuch Art. 42, (aufgehoben ist dieser Artikel durch Art. 8, Abs. 2 des Gesetzes vom 29. August 1848) betrifft blos den letzteren Fall und stimmt mit der angegebenen Regel überein. Das oldenb. Strafgesetzbuch Art. 55 umfaßt beide Fälle, indem es folgendes bestimmt: „Hat Jemand aus Irrthum oder Unwissenheit über gewisse Thatsachen diejenige Eigenschaft seiner Handlung nicht gekannt, wodurch sie strafbar wird, so ist ihm die That nicht zum rechtswidrigen Vorsatze anzurechnen. Hat ein vorsätzlicher Verbrecher aus Irrthum oder Unwissenheit über gewisse Thatsachen diejenige Eigenschaft seiner Handlung nicht gekannt, welche deren Strafbarkeit vermehrt, sonach ein schwereres Verbrechen begangen, als er begehen wollte, so ist ihm die That nur insoweit zum rechtswidrigen Vorsatze anzurechnen, als sie in seiner Absicht gegründet war." Nach dem preuß. Strafgesetzb. §. 44 ist, wenn die Strafbarkeit einer Handlung abhängig ist, entweder von besonderen Eigenschaften in der Person des Thäters oder desjenigen, auf welchen sich die That bezog, oder von den besonderen Umständen, unter welchen die Handlung begangen wurde, eine solche Handlung demjenigen als Verbrechen oder Vergehen nicht zuzurechnen, welchem jene Verhältnisse oder Umstände zur Zeit der That unbekannt waren. Wird durch solche besondere, dem Thäter unbekannt gebliebene Verhältnisse oder Umstände die Strafbarkeit der von ihm begangenen Handlung erhöht, so sollen ihm diese erschwerenden Umstände der That nicht zugerechnet werden. Nach dem sächs. Strafgesetzb. Art. 95 schließen Irrthum oder Unwissenheit über Thatsachen, welche eine an sich erlaubte Handlung zu einem Verbrechen oder eine schon an sich strafbare Handlung zu einem schwereren Verbrechen machen, die Zurechnung aus, soweit sie auf die Handlung von Einfluß gewesen sind. Ist jedoch der Irrthum oder die Unwissenheit von der Art, daß sie von dem Handelnden durch die nach seiner Persönlichkeit und der Natur seiner Handlung von ihm zu fordernde Aufmerksamkeit hätten vermieden werden können, so hat der Richter zu ermessen, ob und wie weit dem Handelnden Unbedachtsamkeit oder selbst Absicht (Art. 47, 48) beizumessen sei. Nach dem württemb. Strafgesetzb. Art. 100 kann demjenigen, welcher eine an sich erlaubte Handlung zu begehen glaubt, während seine Handlung wegen ihm unbekannter Thatumstände strafbar ist, dieselbe nicht zum Vorsatze zugerechnet werden; unternimmt Jemand eine strafbare Handlung, deren Strafbarkeit durch gewisse, ihm unbekannte Thatverhältnisse vermehrt wird, so ist ihm diese That nur so weit zum Vorsatze zuzurechnen, als

Digitized by Google

sie, nach den ihm bekannten Thatverhältnissen, in seiner Absicht gegründet war. Nach dem bad. Strafgesetzb. Art. 72 schließt unverschuldeter Irrthum in Thatsachen oder thatsächlichen Verhältnissen, welche eine Handlung zur strafbaren machen oder ihre Strafbarkeit erhöhen, die Zurechnung aus. Nach dem hess. Strafgesetzb. Art. 42, 43 (nass. StGB. Art. 39, 40) kann demjenigen, welcher eine an sich nicht strafbare Handlung zu begehen glaubt, welche aber dennoch wegen ihm unbekannt gewesener Thatumstände strafbar ist, dieselbe nicht als mit Vorsatz begangen zur Strafe angerechnet werden. Hat Jemand eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, deren Strafbarkeit durch gewisse, ihm aber unbekannt gewesene Thatsachen oder Verhältnisse vermehrt wird, so ist ihm solche nur insoweit als vorsätzlich verübt zuzurechnen, als sie nach den ihm bekannt gewesenen Thatsachen oder Verhältnissen in seiner Absicht gelegen hat. Das braunschw. Strafgesetzbuch §. 32 erklärt denjenigen, welcher eine an sich nicht gesetzwidrige Handlung zu begehen glaubt, welche wegen thatsächlicher, ihm ohne sein Verschulden unbekannt gebliebener Umstände dennoch strafbar ist, für straflos. Wird die Strafbarkeit eines Verbrechens durch Umstände vermehrt, welche dem Thäter ohne sein Verschulden unbekannt geblieben sind, so soll er nur nach den ihm bekannten Verhältnissen gestraft werden. Ebenso erklären sich das altenb. StGB. Art. 68, thüring. StGB. Art. 63 über beide Fälle. Manche Strafgesetzgebungen enthalten noch eine allgemeine Bestimmung. So erklärt das bayer. StGB. Art. 121 (oldenb. StGB. Art. 126) eine That für straflos, wenn der Handelnde in unüberwindlicher, schuldloser Unwissenheit seine Handlung für erlaubt und unsträflich gehalten hat. Das hannöv. StGB. Art. 84 erklärt eine Handlung für straflos, wenn der Thäter in unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit die Handlung nach bürgerlichen Gesetzen für erlaubt gehalten hat. Diese Bestimmung kann doch ebenfalls nur auf factischen Irrthum bezogen werden, da Unkenntniß des Strafgesetzes das bayerische StGB. Art. 71 (oldenburg. StGB. Art. 65) regelmäßig nicht entschuldigt. Verschuldeter factischer Irrthum wird als Fahrlässigkeit bestraft. So bestimmt das bayer. StGB. Art. 72 (oldenb. StGB. Art. 66), daß ein Uebertreter, welcher aus Unwissenheit eines Thatumstandes die Strafbarkeit seiner Handlung nicht gekannt, diese aber durch Unterlassung der erforderlichen Erkundigung oder Bedachtsamkeit selbst verschuldet hat, wegen fahrlässiger Uebertretung bestraft werden soll. Wenn derselbe aber die richtige Einsicht nicht erlangen konnte oder wenn er gethan hat, was ihm nach seinen Verhältnissen, Umständen und Kräften möglich war, um dieselbe zu erlangen, so soll ihm solche Unwissenheit nicht zur Schuld gerechnet werden. — Der Fall des Irrthums in der Person ist von jeher sehr verschieden beurtheilt worden, schon von den Juristen des Mittelalters [80]). In neuerer Zeit trennt

80) Die verschiedenen Ansichten sind zusammengestellt bei Pfotenhauer,

man oft die Fälle vom Einflusse des Irrthums und zwar in Bezug auf Erfolg oder Gegenstand von dem Falle der Verirrung (aberratio), wo in Folge äußerer, von dem Willen des Handelnden unabhängiger Umstände die Identität des gewollten und des verletzten Objectes aufgehoben wird [81]). Es lassen sich zwei Hauptansichten unterscheiden. Die eine nimmt in allen Fällen, wo error oder aberratio da ist, eine mildere Bestrafung an und sieht in Bezug auf das wirklich verletzte Object nur Culpa als vorhanden an, mit Concurrenz des dolosen Versuches [82]). Die zweite nimmt, ungeachtet der Nichtidentität, Dolus in Bezug auf das verletzte Object an [83]). Die große Verschiedenheit der Ansichten erklärt sich theils daraus, daß man im gemeinen Rechte aus einzelnen römischen Stellen, welche nur auf bestimmte Verbrechen sich bezogen [84]), eine allgemeine Regel abzuleiten sucht oder daß man auf die Rechtsverletzung, welche bei einem Verbrechen zum Grunde liegen mußte, Rücksicht nahm, oder daß man zum Begriffe des Dolus die Richtung des Willens auf die Person, gegen welche die Handlung gerichtet ist, fordert [85]). Von den außerteutschen Gesetzbüchern entscheidet nur das sardinische StGB. Art. 583 bei Tödtung, daß die Strafen der vorsätzlichen Tödtung eintreten, wenn auch aus Irrthum eine Person statt einer anderen getödtet wird. Von den neuen teutschen Strafgesetzbüchern beziehen sich das preuß. StGB. §. 44, sächs. StGB. Art. 95, württemb. StGB. Art. 100 nur auf den Fall, wo die Strafbarkeit der That durch die dem Thäter unbekannt gebliebenen Umstände vermehrt wurde, und es wird entschieden, daß der Thäter nur nach den ihm bekannt gewesenen Umständen und Verhältnissen beurtheilt werden soll. Das bad. StGB. §. 100 will, wenn der Erfolg einer vorsätzlichen Handlung wegen Irrthum oder Verwechselung oder sonst durch Zufall

---

der Einfluß des Irrthums und der sogenannten Verirrung auf die Strafbarkeit vollendeter Verbrechen (Leipzig 1839) S. 34.

81) Heffter im Archiv des Criminalr. Bd. 12, S. 285.

82) Sie wird vertheidigt von Gesterding im Archiv des Criminalrechtes Bd. 3, S. 486. Zachariä, vom Versuche des Verbrechens Bd. 1, S. 274. Luden, vom Versuche S. 516. Geib im Archiv des Criminalr. N. F. 1837 S. 561. 1838 S. 36. Temme, Lehre von der Tödtung nach preuß. Rechte S. 149.

83) Vertheidiger derselben sind: Wächter, Lehrb. des Strafrechtes Bd. 2, S. 182. Jarke, Criminalr. Bd. 3, S. 220. Pfotenhauer in der angef. Schrift. Diese Ansicht ist die auch in Frankreich vom Cassationshofe im arrêt v. 31. Juli 1835 ausgesprochene (s. Hélie, theorie du Code pénal T. V. p. 218. 222.) und von den französischen Juristen vertheidigte.

84) Z. B. L. 18. §. 3. D. 47. 10.

85) S. über die Lehre der neuesten Ansichten in Bauer, Abhandl. Bd. 1, S. 400. Luden, Handb. des Strafrechtes Bd. 1, S. 289 und in der Abhandl. Bd. 1, S. 516. Schaffrath, Theorie des allgem. Thatbestandes S. 321, 355. Köstlin, Revision S. 272. Breidenbach, Comm. zum hess. Strafgesetzb. Bd. 2, S. 91. Temme, Kritik des preuß. Entwurfes zu einem Strafgesetzb. Bd. 1, S. 83. Schwarze, Kritik des preuß. Entwurfes S. 41. Gengler, die strafrechtliche Lehre von der Vergiftung Bd. 2, S. 141.

Digitized by Google

eine andere Person oder eine andere Sache getroffen hat, als worauf die Absicht des Handelnden gerichtet war, dem Thäter die That mit dem wirklich eingetretenen Erfolge insoweit zum Vorsatze zugerechnet wissen, als durch die Verschiedenheit zwischen der verletzten Person oder Sache und derjenigen, auf welche die Absicht des Handelnden gerichtet war, nicht eine schwerere Strafe begründet wird. Uebereinstimmend damit ist das hess. StGB. Art. 62 (nass. StGB. Art. 59)[86]). Das braunschw. StGB. §. 28, thüring. StGB. Art. 29 bestimmen, daß die Zurechnung zum Vorsatze dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß der Verbrecher seine verbrecherische Handlung irrthümlich gegen eine andere Person oder Sache richtet, als diejenige ist, worauf seine Absicht eigentlich ging. Das hannöv. StGB. Art. 95 bezieht sich auf den Fall, wo ein vorsätzlicher Verbrecher aus Irrthum oder Unwissenheit über gewisse Thatumstände diejenige Eigenschaft seiner Handlung oder des von ihm gebrauchten Mittels nicht gekannt hat, wodurch ein strafbareres, als das beabsichtigte Verbrechen entstand[87]). Bezieht sich der Irrthum auf andere Gegenstände, als auf Thatsachen oder auf das Strafgesetz, sondern besteht in unrichtigen religiösen oder moralischen Vorstellungen, so findet er keine Berücksichtigung. Die neueren Strafgesetzgebungen sprechen dies zum Theil aus. Das bayer. StGB. Art. 39 (oldenb. StGB. Art. 52) bestimmt, daß die Meinung, daß das unter bürgerlicher Strafe Verbotene nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen sei, den rechtswidrigen Vorsatz nicht ausschließe. Der Art. 39 des bayer. StGB. ist für Bayern durch Art. 8, Abs. 2 des Gesetzes v. 29. August 1848 aufgehoben. Nach dem sächs. StGB. Art. 95 wird ein begangenes Verbrechen durch den Wahn, als ob die Handlung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt oder verdienstlich sei, nicht entschuldigt. Ebenso das hannöv. StGB. Art. 41, bad. StGB. §. 74, braunschw. StGB. §. 31, thüring. StGB. Art. 63, altenb. StGB. Art. 68. 2) Unwissenheit kommt hier insoweit in Betracht, als sie sich auf das Dasein des Strafgesetzes bezieht. Eine solche Nichtkenntniß des Strafgesetzes wird von den Criminalisten eine affectirte genannt, wenn Jemand nur Unwissenheit vorschützt, aber die Strafbarkeit seiner Handlung kannte, oder wenn Jemand sich mit den Gesetzen deshalb nicht bekannt macht, damit er nach Willkür handeln und Unwissenheit vorschützen könne; endlich auch, wenn eine Handlung schon nach Gründen der Vernunft dem Verbrecher, welcher nicht ohne Erziehung geblieben ist, als unerlaubt einleuchten mußte. Von selbst ist klar, daß in den beiden ersten Fällen die Unwissenheit vergeblich vorgeschützt werde, um die That als eine nicht zurechenbare erscheinen zu

---

86) Durch Hinzufügung der Worte: „durch Zufall", wollte man auch die Fälle der sogenannten aberratio treffen. Breidenbach, Comm. zum hessischen Strafgesetzbuche Bd. 2, S. 95.

87) Leonhardt, Comm. zum hannöv. Strafgesetzb. Bd. 1, S. 224.

Digitized by Google

lassen. Hingegen läßt sich die Behauptung der Unwissenheit durch eine Berufung auf die sogenannte natürliche Unerlaubtheit der That (abgesehen von einem positiven Verbote derselben) schwerlich abweisen. Der Mensch ist weder reines Vernunftwesen, noch rein sinnliches Wesen, sondern beides zugleich und mit und durcheinander. So wenig der Staat daher die bürgerliche Strafe in eine thierische Züchtigung verwandeln darf, so wenig darf er auf der anderen Seite fordern, daß seine Angehörigen nach rein sittlichen Motiven sich zur Unterlassung von Handlungen bestimmen sollen, welche Einzelnen oder dem Staate als Ganzem nachtheilig oder gefährlich sind. So gewiß auch der Staat verpflichtet ist, eine Strafdrohung in einem gehörig bekannt gemachten Gesetze zu erlassen, wenn er das Recht erwerben will, gewisse Handlungen mit Strafe zu belegen, so gewiß kann er dieses Recht dann nicht ausüben, wenn die in Frage stehende Person auf eine entschuldbare Weise mit seiner Strafdrohung unbekannt geblieben ist. Es ist zwar eine unbestreitbare und schon im römischen Rechte ausgesprochene [88]) Pflicht der Staatsbürger, sich mit den Gesetzen des Staates bekannt zu machen, in welchem sie leben, und daß die aus Nichtkenntniß eines Gesetzes begangene Uebertretung desselben ihnen dennoch (wenigstens als eine fahrlässige) zugerechnet werden kann. Allein theils ist diese Fahrlässigkeit doch nicht bei allen und jeden Personen in gleichem Grade vorhanden, theils sinkt sie nach Verschiedenheit der Umstände bisweilen auf Nichts herab. Die Größe der Fahrlässigkeit bestimmt sich nach dem Grade der Schwierigkeit, von dem Gesetze Kunde zu erlangen. Zuvörderst ist die Beschaffenheit des Gesetzes selbst und die Art seiner Bekanntmachung zu erwägen. Das einheimische, in der Sprache des Landes verfaßte, täglich angewendete Gesetz, welches überdies nur eine Handlung mit Strafe bedroht, deren Widerrechtlichkeit jeder einigermaßen Gebildete auch ohne positives Gesetz einsehen mußte, kann als von allen denjenigen als gekannt angenommen werden, welche nicht die Entschuldigung eines gänzlichen Mangels an Erziehung und einer gänzlichen Rohheit für sich haben. Anders aber verhält es sich mit den Gesetzen, welche in einer fremden Sprache geschrieben sind oder früheren Jahrhunderten angehören, und durch die Praxis schon lange außer Gebrauch gesetzt sind (beides ist bei den Quellen unseres gemeinen Criminalrechtes der Fall), oder welche, vorübergehender Verhältnisse wegen, Handlungen zu Verbrechen stempeln, welche nicht schon das sittliche Gefühl verdammt und welche vielleicht daneben auf unvollkommene Weise bekannt gemacht sind. Unter diesen Umständen kann die vorgeschützte Nichtkenntniß der Gesetze nicht geradezu als eine affectirte angenommen werden. Auch die Verschiedenheit der Personen ist nicht zu übersehen.

---

88) L. 12. C. I. 18. L. 9. C. I. 14. Nov. 66. cap. 1. Vgl. darüber, daß sich aus diesen Gesetzen nur das im Texte Angegebene ableiten läßt, Hefftter im Archiv des Criminalr. Bd. 12, S. 137.

Digitized by Google

Kinder, Verstandesschwache u. s. w. sind schon als solche der Zurechnung ihrer Handlungen nicht unterworfen. Aber auch andere an und für sich zurechnungsfähige Personen werden die Nichtkenntniß der Strafgesetze mit Grund bisweilen für sich anführen können, zumal wenn von einer Handlung die Rede ist, welche nur nach den Gesetzen dieses einzelnen Staates oder nur mit Rücksicht auf die Pflichten eines besonderen Standes als strafbar erscheint. Die Behauptung, daß bei allen Verbrechen die Römer unterschieden hätten, ob delictum iuris gentium oder delictum iuris civilis vorhanden war[89]), und daß sie nur bei den letzteren die Rechtsunwissenheit milder betrachteten, läßt sich nicht durchgängig als richtig nachweisen[90]). Die Römer entschuldigten aber Frauenspersonen wegen eines von ihnen begangenen incestus iuris civilis und rechneten ihnen nur den incestus iuris gentium zu[91]); sie verziehen dem jungen Soldaten die Uebertretung der Disciplinargesetze wegen Nichtkenntniß derselben leichter, als dem, welcher schon längere Zeit gedient hatte[92]). Diese so sorgsame Berücksichtigung der Personen und ihrer Verhältnisse verdient gewiß Nachahmung. Die gemeinrechtliche Praxis erhielt durch obige Andeutungen die Möglichkeit, in manchen Fällen die Rechtsunwissenheit zu entschuldigen, weil man zwischen Verbrechen, welche schon nach allgemein vorschwebenden sittlichen Vorstellungen als strafbar erscheinen, und anderen, nur vermöge politischer Gründe verbotenen Verbrechen unterscheiden und darauf den Unterschied von delicta iuris gentium und delicta iuris civilis beziehen und bei der zweiten eher entschuldigen konnte. Die neuen Strafgesetzgebungen sind weit strenger, als die gemeinrechtliche Praxis und generalisiren gern; daher ist in ihnen die Entschuldigung wegen Unkenntniß des Strafgesetzes ausgeschlossen. Oesterreich. StGB. §. 3, bayer. StGB. Art. 71 (oldenb. StGB. Art. 65), württemb. StGB. Art. 99, hess. StGB. Art. 41 (nass. StGB. Art. 38), bad. StGB. §. 73, braunschweig. StGB. §. 31, sächs. StGB. Art. 95, altenb. StGB. Art. 68, thüring. StGB. Art. 63. Das preuß. StGB. erwähnt die Rechtsunwissenheit gar nicht; allein nach dem Landrechte §. 10 gereicht sie nicht zur Entschuldigung. Dennoch wird anerkannt, daß in einzelnen Fällen die Möglichkeit der Entschuldigung zugelassen werden muß[93]). Daher sagt das bayer. StGB. Art. 71, daß derjenige, welcher seine Unwissenheit über das Dasein eines Strafgesetzes vorschützt, mit diesem

89) Diese Behauptung findet sich z. B. bei Roßhirt im Archiv des Criminalrechtes Bd. 9, Nr. 19.

90) S. Birnbaum im Archiv des Criminalr. Bd. 1, Nr. 5. Vgl. über Entschuldigung wegen Rechtsunwissenheit Luden, Abhandl. Bd. 2, S. 321. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 3, S. 388 flg. Heffter im N. Archiv des Criminalr. Bd. 12, S. 260. Mittermaier ebd. Bd. 9, S. 576.

91) L. 38. §. 2. 4. 7. D. 48. 5. L. 4. C. V. 5.

92) L. 3. §. 9. L. 4. §. 15. L. 14. §. 1. D. 49. 16. Vgl. auch L. 7. §. 4. D. 2. 1. L. 2. C. II. 2.

93) Hufnagel, Comm. zum württemb. Strafgesetzb. Bd. 1, S. 103.

Digitized by Google

Vorgeben nicht gehört werde, wenn nicht Blödsinn, große Dummheit und andere dergleichen Gemüthsfehler dieses Vorgeben unterstützen. Das württemb. Strafgesetzbuch läßt Ausnahmen zu, wenn sich aus besonderen Umständen die völlige Schuldlosigkeit einer solchen Unkunde ergeben sollte. Das hannöv. StGB. Art. 84 erklärt eine That für straflos, wenn der Thäter in unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit die von ihm ausgeführte Handlung nach bürgerlichen Gesetzen für erlaubt gehalten hat[94]). Auch nimmt Art. 94, Nr. 7 mildernde Rücksicht bei denjenigen, welche sich erst kurze Zeit im Königreiche aufgehalten haben und dort eine nach dessen Gesetzen strafbare Handlung begehen, welche in ihrem Vaterlande nicht mit Strafe bedroht ist. Die übrigen erwähnten Gesetzbücher schließen durch ihre allgemeine Fassung jede Berufung auf Rechtsunwissenheit aus. — Die früher bestritten gewesene Frage, ob der Uebertreter eines Strafgesetzes, um gestraft werden zu können, auch das in demselben bestimmte Strafquantum gekannt haben müsse, kann von den Anhängern der Abschreckungstheorie, wenn sie consequent sein wollen, nicht anders als bejaht werden. Denn wenn der Verbrecher deswegen gestraft wird, weil er sich nicht hat abschrecken lassen, so muß natürlich vorausgesetzt werden, daß er das auf den Zweck der Abschreckung berechnete Strafquantum gekannt habe, wie denn auch die Abschreckungstheorie consequent alle hinsichtlich der Strafgröße unbestimmt gelassene Gesetze verwirft und auf deren bestimmte Abfassung dringt, damit der Phantasie des zu Verbrechen Gestimmten nicht Raum eröffnet werde, das Strafübel zu gering vorzuspiegeln im Verhältniß gegen die Vortheile des Verbrechens. Betrachtet man hingegen jene Frage vom Standpunkte der Vergeltungstheorie, so leuchtet von selbst ein, daß sie verneint werden müsse. Bezogen auf den Verbrecher auf Menschen, bedurfte die Strafe bei allen durch das Sittengesetz verbotenen Handlungen nicht einmal eine vorausgehende Bekanntmachung, um angewendet werden zu können, da dem Menschen durch Bestrafung einer solchen Handlung, welche er in seinem vernünftigen Bewußtsein als strafbar zu erkennen genöthigt ist, nur die Ehre widerfährt, als Vernunftwesen behandelt zu werden. Gegen den Staatsbürger aber erfüllt der Staat seine Verpflichtung in Beziehung auf die Bestrafung widerrechtlicher Handlungen vollkommen, wenn er nur im allgemeinen ankündigt, daß er sie bestrafen werde. Bestimmt er im voraus ein Strafquantum, so geschieht dies nur, um die Willkür seiner Richter in weitere oder engere Schranken einzuschließen und den Verbrecher gegen launenhafte Eigenmacht derselben zu schützen. Aus einer so bestimmten Fassung des Strafgesetzes erwirbt der Verbrecher also nur den Anspruch, nicht härter gestraft zu werden, als es das Gesetz im voraus bestimmt hat; seine Verbindlichkeit, sich der Bestrafung seiner Handlung durch

94) Die Fassung des hannöv. Strafgesetzbuches wird getadelt. S. Leonhardt, Comm. Bd. 1, S. 207, 361.

Digitized by Google

den Staat zu unterwerfen, ist aber dennoch begründet, sollte auch das Gesetz hinsichtlich der Strafgröße völlig unbestimmt sein. Wollte man das Gegentheil behaupten, so würde daraus mit Nothwendigkeit folgen, daß alle in der bemerkten Art unbestimmten Strafgesetze als gar nicht vorhanden anzusehen seien. Gleiches gilt von der Frage, ob der Verbrecher die Art der durch das Gesetz bestimmten Strafe gekannt haben müsse. Die neuen Strafgesetzbücher lassen Unwissenheit des Thäters über Art und Größe der Strafe nicht zur Entschuldigung gereichen [95]). — Der Beweggrund, aus welchem eine strafbare Handlung begangen worden ist, kann dem Thäter ebenso wenig zur Entschuldigung gereichen, als der Zweck, zu welchem er die strafbare That unternahm. Mehrere der neuen Strafgesetzbücher bestimmen dies ausdrücklich [96]).

IV. Von dem Umfange der Zurechnung oder den Arten der Verschuldung. Die Subjectivität der Handlung in sich reflectirt gegen ihre objective Seite, ergiebt zunächst a) das Wissen um den abstracten Gegensatz zwischen beiden Seiten, welcher seine Erscheinung an dem Gegensatze zwischen dem Vorsätzlichen und Zufälligen hat; allein dieser abstracte Gegensatz hebt sich auf b) in den Begriff des Versehens, welches den Willen auch für das nicht Gewollte verantwortlich macht, sofern er wenigstens die reale Möglichkeit desselben gewollt hat. Indem aber hiermit die Subjectivität die Unwahrheit ihrer Abstraction von der Objectivität der Handlung erfährt, geht sie c) im Begriffe der Absicht mit ihr zur vermittelten Einheit zusammen. a) Vorsatz und Zufall. Der Unterschied von Vorsatz und Zufall ist nichts, als der in das Subject reflectirte Unterschied von Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit, d. h. indem das Subject sich seiner selbst, als des Handelnden bewußt wird, und hiermit sich als Subject gegen die objective Außenwelt in formeller Differenz weiß, so kann es die Einheit, welche die Freiwilligkeit, und deren Gegentheil, welches die Unfreiwilligkeit ausmacht, nur als eine durch sich (das Subject) selbst vermittelte betrachten. Indem es aber diese subjective Vermittelung setzt, so wird ihm das Freiwillige zum Vorsätzlichen, das Unfreiwillige zum Nichtvorsätzlichen oder Zufälligen. Denn Vorsatz ist das Gewollte, sofern der Wollende den in der Objectivität ausgeführten Zweck als identisch mit dem zuvor innerlich gesetzten, vorgesetzten Zwecke

---

95) Bayer. StGB. Art. 39 (aufgehoben durch Art. 8, Abs. 2 des Gesetzes v. 29. August 1848); oldenb. StGB. Art. 52; hannöv. StGB. Art. 41; hess. StGB. Art. 41 (nass. StGB. Art. 38); bad. StGB. §. 73; thüring. StGB. Art. 63; altenb. StGB. Art. 68; braunschw. StGB. §. 31.

96) Bayer. StGB. Art. 39 (aufgehoben durch Art. 8, Abs. 2 des Gesetzes v. 29. August 1848); oldenb. StGB. Art. 52; hannöv. StGB. Art. 41; bad. StGB. §. 73; braunschw. StGB. §. 31; altenb. StGB. Art. 68; thüring. StGB. Art. 63. Auch das württemberg. StGB. Art. 55 enthielt eine gleiche Bestimmung, ist aber in dieser Beziehung durch Art. 9 des Ges. v. 13. August 1849 aufgehoben.

Digitized by Google

weiß. Zufall dagegen ist der zum Bewußtsein gesteigerte Widerspruch zwischen dem Wissen und Wollen einerseits und dem Geschehenen andererseits. Der Vorsatz (propositum) als eine durch das Subject vermittelte und für das Subject seiende Einheit des Willensmomentes mit dem Thatmomente, ist eine höhere Stufe als die Freiwilligkeit. Auf dieser Stufe erscheinen denn auch die Elemente der Handlung in einer wesentlich anderen Modification. Zuvörderst nämlich erscheint der Wille als eine der Handlung vorausgehende selbstständige Existenz, welche sich als solche durch Wahrnehmung, Berathschlagung und Beschluß bethätigt. Sodann steht die Objectivität als Boden der Handlung dem Subjecte jetzt in veränderter Weise, nämlich nicht mehr als gleichgiltiges Aggregat einzelner Gegenstände, sondern als ein collectives Ganzes, ein Inbegriff von Seiten und Umständen gegenüber, welches eben in dieser seiner zur Einheit strebenden Mannichfaltigkeit den Gegenstand der Wahrnehmung und den Stoff der Berathschlagung ausmacht. Endlich aber ist nun die Verbindung zwischen Willen und That eine durch das Object mit Bewußtsein gesetzte, sein Entschluß, in welchem es sich selbstthätig gegen die Objectivität aufschließt und den Beschluß seiner Berathung zum objectiven Dasein entäußert. Den directen Gegensatz des Vorsätzlichen bildet das Unvorsätzliche oder Zufällige, gegen welches das Subject sich völlig negativ stellt, als gegen ein mit seinem Wissen und Willen im offenen Widerspruche stehendes Geschehen. Indem nämlich das aus der Unmittelbarkeit der Handlung in sich reflectirte Subject sich selbst als das Princip der Einheit oder des Auseinanderfallens ihrer Elemente betrachtet, so weist es jedes äußerliche Geschehen, es sei nur ein einfaches in sich oder trete blos als Folge einer wirklichen Handlung auf, von sich ab, sobald es ein solches ist, welches sein Wille nicht zuvor in ihm selbst gesetzt hatte. Denn eben deshalb urtheilt das Subject, daß es selbst nicht Princip dieses Geschehens sein könne, sondern daß dieses Princip in dem ihm ursprünglich fremden Elemente der Objectivität gelegen haben müsse, sei es nun, daß die Naturmacht in Form der Gewalt oder mittelst Erzeugung eines falschen Scheines im Wesen des Subjectes gewirkt habe. Der Zufall ist aber wiederum ein engerer Begriff als das Unfreiwillige überhaupt, sofern er das Bewußtsein des Widerspruches zwischen beiden Seiten der Handlung, mithin die Nichtexistens des Bewußtseins einer mittelbaren Causalverbindung zwischen beiden voraussetzt. Der abstracte Gegensatz der beiden Seiten der Handlung jedoch, wie er vom Subject in dem Unterschiede des Vorsatzes und des Zufalles fixirt wird, kann nicht festgehalten werden. Denn, indem dasselbe im Vorsatze sich selbst als die bestimmende Einheit für das Mannichfaltige an der objectiven Seite der Handlung behauptet, so setzt es hiermit die Forderung an sich selbst, diese Einheit auch wirklich zu sein, d. h. seine der Handlung vorhergehende Reflexion auch in der That zu einer allgemeinen zu machen. Wenn nun die Handlung in das Dasein tritt und statt der vom Subject vorausberechneten ganz andere oder neben den

Digitized by Google

art. 297 wird préméditation in das dessein formé avant l'action d'atteindre à la personne gesetzt [102]). Zur Bezeichnung des Dolus bedient sich die französische Iurisprudence des Ausdruckes voluntairement oder volonté criminelle. Im Entwurfe des holländischen StGB. von 1839 Art. 6 ist der Dolus definirt als der Wille, das, was durch die Gesetze verboten ist, zu thun oder das gesetzlich Gebotene zu unterlassen. — Der Vorsatz (dolus) ist der Gattungsausdruck, welcher als zwei Arten den Vorbedacht (praemeditatio) und den impetus (Affect) begreift [103]). Die neueren Strafgesetzbücher nehmen auf den Affect bei den einzelnen Verbrechen Rücksicht in Bezug auf Strafdrohung. — Die verschiedenen Eintheilungen des dolus (dolus determinatus und indeterminatus, eventualis, alternativus, generalis) finden sich auch zum Theil in den neueren Strafgesetzbüchern wieder. Das württemb. StGB. bestimmte Art. 56: „Ist eine Rechtsverletzung nicht durch die unmittelbar zu ihrer Herbeiführung verübte, sondern durch eine andere, jedoch in Hinblick auf die Haupthandlung begangene Handlung (oder Unterlassung) bewirkt worden, so soll dieselbe gleichwohl zum Vorsatze zugerechnet werden, wenn der Thäter auch bei letzterer Handlung von dem auf die Rechtsverletzung gerichteten Vorsatze ausgegangen ist oder doch das vermeintlich schon vollführte Verbrechen noch nicht mißbilligt hatte —." Dieselbe Zurechnung tritt ein, wenn die bezweckte Rechtsverletzung einer Ursache beizumessen ist, welche vom Thäter zwar nicht in Berechnung genommen war, jedoch durch die Ausführung seiner unmittelbar auf jene Rechtsverletzung gerichteten Handlung zugleich in Wirksamkeit gesetzt worden ist." Gleiche Zurechnung findet statt, wenn die bezweckte Rechtsverletzung unzweifelhaft durch die im ersten Absatze erwähnten Handlungen oder durch die im zweiten bemerkte Handlung bewirkt worden ist; jedoch nicht ermittelt werden kann, welche von den ersteren (Absatz 1) oder auf welche Art die letztere (Absatz 2) den rechtswidrigen Erfolg herbeigeführt hat, und ob derselbe etwa dem Zusammentreffen von Handlungen (Abs. 1) oder von Ursachen (Abs. 2) zuzuschreiben ist." Art. 57: „Eine Rechtsverletzung wird auch dann als vorsätzlich zugerechnet, wenn sie derjenige, durch dessen Handlung sie herbeigeführt worden ist, nicht ausschließlich oder vorzugsweise gewollt hatte, mag es ihm nun gleichgiltig gewesen sein, ob der wirklich eingetretene oder ob ein anderer, gleichfalls mit seiner Handlungsweise bezweckter Erfolg eintrete, oder mag er nur für den Fall, daß es sich nicht anders fügen werde, zum Voraus die erfolgte Rechtsverletzung gewollt haben." Indessen sind diese Artikel durch Art. 9

Archiv des Criminalr. 1837 S. 300. Hélie, theorie du Code pénal Vol. V. p. 208. Morin, diction. p. 818.

102) Diese Bestimmung tadelt Breidenbach, Comment. Bd. 2, S. 36. Vorzüglich ist die Ausführung von Haas, observations T. II. p. 171. gegen die französische Ansicht.

103) L. 11. §. 2. D. 48. 19. L. 38. §. 8. D. 48. 5. Peinl. Gerichtsordnung Art. 137.

Digitized by Google

des Gesetzes vom 13. August 1849 aufgehoben. Das hannöv. StGB. Art. 43 sagt: „Ist anzunehmen, daß eine dem Strafgesetze zuwiderlaufende Handlung mit rechtswidrigem Vorsatze verübt worden, und ist dieselbe von der Beschaffenheit, daß daraus nach allgemeiner oder dem Thäter besonders bekannter Erfahrung ein bestimmter Erfolg zu entstehen pflegt oder eben so leicht eine größere als eine geringere Verletzung entstehen konnte, so ist nicht minder anzunehmen, daß der Thäter den eingetretenen Erfolg beabsichtigt habe, sofern nicht aus den Umständen sich mit Gewißheit oder hoher Wahrscheinlichkeit ergiebt, daß seine Absicht bestimmt und ausschließlich auf einen anderen strafbaren Erfolg gerichtet war, vorbehältlich derjenigen besonderen Vorschriften, durch welche die Strafe eines Verbrechens nach der Schwere des eingetretenen Erfolges, ohne Berücksichtigung der Art des rechtswidrigen Vorsatzes, bestimmt ist. Dagegen kann ein ungewöhnlicher Erfolg dem Thäter nur dann zum rechtswidrigen Vorsatze angerechnet werden, wenn dieser Erfolg in seiner Absicht lag." Das sächs. StGB. von 1838 Art. 31 (altenb. StGB. von 1841 Art. 31) sagt: „Bei einer mit Vorsatz verübten gesetzwidrigen Handlung ist der eingetretene Erfolg auch dann als vom Thäter beabsichtigt anzunehmen, wenn er diesen Erfolg nicht ausschließlich, sondern denselben oder eine andere Rechtsverletzung, die ebensowohl daraus entstehen konnte, bewirken wollte, oder wenn die Handlung von einer solchen Beschaffenheit war, daß der Thäter den wirklich eingetretenen Erfolg voraussehen mußte." Das sächs. StGB. von 1855 Art. 47 sagt: „Für die Zurechnung des eingetretenen Erfolges zum Vorsatze macht es keinen Unterschied, ob die Absicht eine bestimmte oder unbestimmte war. Dagegen kann dem Thäter in Hinsicht auf einen möglichen, aber nicht eingetretenen Erfolg seiner Handlung der Versuch desjenigen Verbrechens, welches durch den Eintritt dieses Erfolges vollendet worden wäre, nur dann angerechnet werden, wenn seine Absicht bestimmt auf Hervorbringung dieses Erfolges gerichtet gewesen ist." Das bad. StGB. §. 98 betrifft den unbestimmten, §. 99 den allgemeinen Vorsatz. §. 98 sagt: „War die Absicht des Handelnden nicht ausschließlich auf einen bestimmten Erfolg gerichtet, sondern unbestimmt auf einen oder den anderen von mehreren möglichen Erfolgen, so wird ihm derjenige davon zum Vorsatz angerechnet, welcher wirklich eingetreten ist." §. 99 lautet: „Hat derjenige, dessen Absicht auf ein bestimmtes Verbrechen gerichtet war, in Beziehung auf dessen Ausführung mehrere Handlungen vorgenommen, so wird ihm der eingetretene, von ihm beabsichtigte Erfolg insofern zum Vorsatz zugerechnet, als er bei der den Erfolg herbeiführenden Handlung seine Absicht nicht geändert hatte, ohne daß es darauf ankommt, durch welche der vorgenommenen Handlungen der Erfolg herbeigeführt ist." Das hessische StGB. Art. 60 (nass. StGB. Art. 57) stimmt mit Art. 98 des badischen überein. Das braunschw. StGB. §. 28 sagt: „Der Erfolg eines Verbrechens ist dem Thäter auch alsdann als vorsätzlich zuzurechnen,

Digitized by Google

wenn er nicht ausschließlich diesen, sondern unbestimmt diesen oder einen geringeren Erfolg beabsichtigte. Dagegen ist der eingetretene nicht mit beabsichtigte, sowie der durch eine nicht mit beabsichtigte Wirkung zufällig hervorgebrachte strafbare Erfolg nicht zum Vorsatze, sondern zur Fahrlässigkeit zuzurechnen." Das thüring. StGB. Art. 29 bestimmt: „Der bei einer verbrecherischen Handlung eingetretene Erfolg ist dem Thäter als vorsätzlich zuzurechnen, wenn seine Absicht auf diesen Erfolg gerichtet war; auch dann, wenn er diesen Erfolg nicht ausschließlich, sondern unbestimmt diesen oder einen anderen Erfolg beabsichtigte; ingleichen wenn er, ohne den Zweck seiner Handlung sich bestimmt zu vergegenwärtigen, nur überhaupt eine Rechtsverletzung beabsichtigte (Zusatz in Dessau-Köthen), ingleichen wenn er nur überhaupt eine Rechtsverletzung wollte, dabei aber, ohne seine Absicht auf einzelne Erfolge zu beschränken, den eingetretenen Erfolg als möglich voraussah."

2) Versehen, Fahrlässigkeit (culpa im engeren Sinne)[104]. a) Geschichtliche Vorbemerkung. Nach den Ansichten des römischen Rechtes ist die culpa bei Verbrechen eigentlich nicht Gegenstand der criminellen Bestrafung, da man den durch culpa entstandenen Erfolg als ein durch Zorn der Götter über den culpos Handelnden verhängtes Unglück betrachtete, so daß der Unglückliche die Götter zu versöhnen habe und die culpa unter dem casus begriff[105]. Nur in einigen Fällen wurde allmälig im späteren Rechte die culpa als res mali exempli bestraft[106]. Gerichtsgebrauch und kaiserliche Rescripte wendeten auch bei einzelnen Fällen der culpa, bei gewissen Verbrechen eine poena extraordinaria an[107]. So ist es wahrscheinlich, daß allmälig die Ansicht entstand, daß culpa auch strafbar sei[108]. Es läßt sich aber nicht beweisen, daß die Römer den von unseren Juristen aufgestellten Satz kannten, daß die culpa bei allen Verbrechen bestraft werden müsse, und selbst der Satz, daß jede culpa bei der Tödtung bestraft wurde, ist nicht erweislich[109]. Im römischen Rechte werden besonders die Ausdrücke:

---

104) Wir handeln in diesem Artikel nachträglich von der criminellen culpa, da der in dem Artikel Culpa Bd. III, S. 133 versprochene Artikel Fahrlässigkeit, bei welchem auch die neuen Strafgesetzgebungen mit berücksichtigt werden sollten, im Rechtslexikon sich nicht vorfindet.

105) Heussler, de ratione in puniendis delictis culpa commissis apud Romanos. Tubing. 1826. Winssinger, Diss. quaenam sit differentia inter delicta dolosa et culposa p. 96. Rein, röm. Criminalrecht S. 160. Ob die Römer in den 12 Tafeln auf den Unterschied von dolus und culpa Rücksicht nahmen, s. Luden, vom Versuche S. 65 und dagegen Pfotenhauer, über Einfluß des Rechtsirrthums Bd. 1, S. 125.

106) L. 38. §. 5. D. 48. 19. L. 3. §. 2. D. 48. 8.

107) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 23. §. 1. 3. L. 4. §. 1. D. 48. 8.

108) Rein a. a. O. S. 162.

109) Ueber die Ansichten der Römer von der culpa s. Köstlin, die Lehre vom Mord und Todtschlag Bd. 1, S. 141. Berner, Imputationslehre S. 265.

Digitized by Google

lascivia, luxuria, negligentia bei der culpa im Criminalrechte gebraucht[110]). Zweifelhaft ist es, ob diese Ausdrücke eine technische Bedeutung bei den römischen Juristen hatten und gewisse Gradationen der culpa bezeichneten oder nur wechselsweise für Bezeichnung der culpa nach den verschiedenen Hauptgründen, worin die culpa lag, gebraucht wurden. Wahrscheinlich ist, daß luxuria einen sehr hohen Grad der culpa andeutete, und zwar, daß dieser Ausdruck nur den Muthwillen, welcher an die üblen Folgen der Handlung nicht denkt, bedeutete[111]). Der Ausdruck casus bedeutet häufig das, was Viele Fahrlässigkeit nennen[112]). Oft wird die culpa auch bezeichnet mit imprudenter[113]), oft mit lascivia et non data opera[114]). — Erst im Mittelalter entstand die Ansicht von einer Strafbarkeit der culpa, und zwar wirkte das kanonische Recht, welches bei der aus Unvorsichtigkeit entstandenen Tödtung kirchliche Buße anordnete, und ebenso das germanische Recht, welches nach dem Compositionensystem die culpose Tödtung schon strenger berücksichtigen mußte[115]), woraus leicht bei den italienischen Juristen des Mittelalters die Ansicht sich ausbildete, daß die culpa überhaupt strafbar sei. Die Juristen sprachen aber doch nur davon bei homicidium und incendium[116]). Die in der peinl. Gerichtsordnung Art. 134, 146 aufgestellte Ansicht selbst mit den darin vorkommenden Beispielen findet sich schon in den Rechtsbüchern des Mittelalters[117]).

b) Darstellung der Lehre selbst[118]). Nach der gewöhnlichen, hauptsächlich von Feuerbach aufgestellten, von den meisten Criminalisten angenommenen, auch in mehreren Strafgesetzgebungen übergegangenen Theorie ist culpa eine gesetzwidrige Bestimmung des Willens zu einer Handlung oder Unterlassung, woraus nach den Gesetzen der Natur, ohne die Absicht der Person, die Rechtsverletzung entsteht. Die culpa setzt voraus I. objectiv a) das Dasein eines Strafgesetzes, welches auch die unvorsätzlichen Rechtsverletzungen mit Strafe bedroht; b) eine äußere Handlung, wodurch man physischer Urheber eines Ver-

---

110) L. 11. D. 47. 9. spricht von luxuria; L. 4. §. 1. D. 48. 8. und Coll. LL. Mos. et Rom. Tit. XII. §. 8. sprechen von lascivia.

111) Rein a. a. O. S. 159. Luden, Handb. des Strafr. S. 268.

112) L. 11. §. 2. D. 48. 19. L. 3. §. 2. D. 1. 16. L. 1. §. 3. D. 48. 8.

113) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 23.

114) Gai. Inst. Comm. III. §. 202.

115) Roßhirt, Geschichte und System des teutschen Strafrechtes Bd. 2, S. 193, 198.

116) Angelus Arretin. de maleficiis p. 105. I. Clarus qu. 83. Hefftter, Lehrb. des Criminalr. §. 72.

117) Schwabensp. (Laßberg) Cap. 182—184. Rechtsbuch Ruprechts von Freisingen Cap. 119—121 (Ausg. von Maurer) S. 142.

118) Die neuere Literatur über diese Lehre siehe im Rechtslexikon Bd. III, S. 473, N. 9. Die neuesten Untersuchungen über das Wesen der culpa finden sich in Bauer, Abhandl. Bd. 1, S. 283 flg. Köstlin, Revision S. 227 flg. Berner, Imputationslehre S. 234 flg. Luden, Handb. des Strafrechtes Bd. 1, S. 258 flg.

Digitized by Google

brechens wird; II. subjectiv, eine gesetzwidrige Willensbestimmung, insofern als die Person zwar nicht das entstandene Verbrechen zum Zwecke ihres Wollens gesetzt hat, jedoch a) gegen die ihr bekannte Verbindlichkeit zur Vermeidung alles dessen, wodurch man auch ohne Absicht Ursache von Verbrechen werden kann (Pflicht zur Beflissenheit, Sorgfalt, obligatio ad diligentiam), gleichwohl b) willkürlich etwas gethan oder unterlassen hat, was mit dem Entstehen der Rechtsverletzung in ursachlichem Zusammenhange gestanden hat, und wobei sich dieselbe c) dieses Zusammenhanges entweder bewußt gewesen ist oder bei mäßiger Sorgfalt hätte bewußt werden müssen. Hiernach giebt es folgende Hauptarten der fahrlässigen Verschuldung: I. wenn eine Person bei der das Verbrechen hervorbringenden, in anderer Absicht unternommenen Handlung selbst sich des ursachlichen Zusammenhanges derselben mit einem möglichen oder wahrscheinlichen gesetzwidrigen Erfolge bewußt gewesen ist und gleichwohl a) weder dieselbe unterlassen, noch b) die ihr zu Gebote stehenden Mittel angewendet hat, um dem gesetzwidrigen Erfolge zu begegnen (unmittelbare Fahrlässigkeit): II. wenn zwar eine Person, bei der das Verbrechen hervorbringenden Handlung selbst, sich der Strafbarkeit oder Gefährlichkeit derselben nicht bewußt gewesen ist, jedoch a) etwas Anderes freiwillig gethan oder unterlassen hat, wodurch dieselbe, wie sie b) entweder als möglich vorausgesehen hat oder bei mäßiger Sorgfalt voraussehen mußte, sich c) in einen Zustand versetzt oder in einem Zustande erhalten hat, in welchem sie auch ohne rechtswidrigen Vorsatz und ohne unmittelbare Fahrlässigkeit das Verbrechen begehen konnte (mittelbare Fahrlässigkeit). Die mittelbare Fahrlässigkeit kann begangen werden 1) durch eine Handlung, wodurch die Person (ohne verbrecherische Absicht) in einen Zustand sich versetzt, in welchem sie überhaupt ihren Willen nach Strafgesetzen zu bestimmen unfähig ist, z. B. durch übermäßiges Trinken; 2) durch Unterlassung des Gebrauches der dem Handelnden zu Gebote stehenden Mittel und Erkenntnißkräfte zur Erlangung richtiger Einsicht in die Beschaffenheit seiner Handlung, vermöge welcher Unterlassung er entweder a) den ursachlichen Zusammenhang seiner gefährlichen Handlung mit dem entstandenen rechtswidrigen Erfolge nicht eingesehen oder b) in Folge eines Irrthums eine strafbare Handlung für erlaubt gehalten hat (verschuldeter Irrthum, verschuldete Unwissenheit). Die Pflicht zur Beflissenheit ist überall nur beschränkt auf Beobachtung mäßiger Sorgfalt. Ein Verbrechen zieht daher wegen Fahrlässigkeit keine Strafe nach sich: a) wenn die Handlung oder Unterlassung mit dem gesetzwidrigen Erfolge in so entferntem oder ungewöhnlichem Zusammenhange stand, daß derselbe nicht erwartet werden konnte, b) wenn dasjenige, was zur Abwendung der Gefahr hätte geschehen müssen, eine den Menschen nicht gewöhnliche Einsicht oder Kraftanwendung erfordert haben würde. Was außerhalb jener Grenze liegt, gehört dem Zufall. Innerhalb desselben aber hat die Fahrlässigkeit ihre Grade, welche, durch all-

Digitized by Google

gemeine Begriffe nicht bestimmbar, in einzelnen Fällen nach allgemeinen Gründen der relativen Strafbarkeit zu bemessen sind. Die allgemeine Unterscheidung des römischen Rechtes zwischen culpa lata und culpa levis hat auf das Strafrecht keine Beziehung. Diese Theorie ist in neueren Zeiten, zum Theil mit Grund, angefochten worden [119]). Im Wesen des Versehens (culpa) liegt, 1) daß dasselbe immer aus einem Fehler des Wissens, einem Irrthum hervorgeht, 2) daß dieser Irrthum vermeidlich war, daher es nun eben 3) eine Fahrlässigkeit des Subjectes ist, denselben nicht vermieden zu haben, und dadurch Princip des rechtsverletzenden Erfolges, zwar nicht als unmittelbarer, aber doch als mittelbarer Folge seiner Handlung geworden zu sein. Das Versehen besteht daher, im wesentlichen Unterschiede vom Vorsatze, stets in einem negativen Verhalten des Willens. Gleichwohl liegt in diesem negativ Bösen auch ein positiv Böses, nämlich das Wissen und Wollen der Bedingung, aus welcher ein rechtsverletzender Erfolg sich als real mögliche Folge entwickelt. Auch bei dem Versehen ist, wie bei dem Vorsatze, ein Wissen und Wollen vorhanden, aber ein solches, welches nicht identisch ist mit der objectiven Existenz der Handlung; sondern ein Wissen und Wollen nur der Bedingung, welche die reale Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges enthält. Wer nun die Bedingung weiß und will, der soll auch wissen, was aus dieser Bedingung als reale Möglichkeit folgt (obligatio ad diligentiam). Eben hier aber bricht bei dem culpos Handelnden das Wissen in Folge der Trägheit des Willens ab. Da nun die Bedingung die eine wesentliche Seite einer Sache ist (die Wirklichkeit ist die andere), die Bedingung aber auch von dem culpos Handelnden gewußt und gewollt wurde, so ist auch das Versehen ein Verbrechen [120]). Der Irrthum, welcher hier in Betracht kommt, ist der vermeidliche. Wann aber der Mensch Princip des Irrthums sei, wann nicht, kommt auf den einzelnen Fall an und ist aus dessen Natur zu beurtheilen. Allgemeine Regeln reichen für ihn nicht aus (außer da, wo der Irrthum selbst noch durch Mittelursachen, wie Schlaf, Trunkenheit, Affect, hervorgebracht wird); Erfahrung und verständige Abwägung haben hier allein zu entscheiden. Spricht nun diese das Schuldig aus, so muß, da der Wille Princip ist, irgend eine innere Disposition des Handelnden das Auffassen der Umstände verhindert haben, und insofern ein Name für dasselbe verlangt wird, bietet sich der Vorstellung Nachlässigkeit oder Fahrlässig-

---

119) Vgl. Köstlin, Revision S. 227 flg., dem wir gefolgt sind.

120) Stübel im N. Archiv des Criminalr. Bd. 8, S. 295—308 will den Begriff der culpa aus dem Criminalrechte ganz verbannt haben, weil er mit Almendingen leugnet, daß es überall eine Beziehung des Willens auf ein negatives Verhalten des Bewußtseins gebe. Deshalb will er im culposen Vergehen nur die gefährliche Handlung und consequenter Weise auch ohne eingetretenen Erfolg gestraft wissen; insbesondre aber nur die gefährliche Handlung aus Leichtsinn, während gegen die gefährliche Handlung aus Unbedachtsamkeit nur polizeiliche Sicherungsmittel anwendbar sein sollen. Eine Vermittelung versucht Oersted, Grundregeln von der Strafgesetzgebung S. 251 flg.

Digitized by Google

keit dar. Also erst, wenn Jemandem Umstände verborgen blieben, obgleich er seine Aufmerksamkeit anstrengte, sie aufzufassen, ist er frei von aller Schuld[121]). Gegen diese Ansicht von der culpa ist neuerdings Luden[122]) aufgetreten, indem er behauptet, daß gerade das Geschilderte nicht criminelle culpa sei, diese vielmehr in etwas ganz Anderem bestehe, was jedoch nicht als culpa, sondern als Mittelglied zwischen culpa und dolus aufzufassen ist. Während nämlich der hier angenommene Begriff der culpa theils der aller neueren Criminalisten, theils auch der der neueren Gesetzgebungen ist, nur daß dann in der Regel wieder zwischen bewußter und unbewußter culpa unterschieden und mit ersterem Gliede über das Wesen der culpa hinausgegangen wird, so soll nach Luden die culpa eben nur in diesem Weiteren liegen, was aber keineswegs mehr reine culpa ist. Recht hat er nun zwar darin, wenn er die abstracte Reduction der culpa auf einen Verstandesfehler verwirft, Unrecht aber darin, wenn er mit dem Momente des negativ bösen Willens das Gleiche thut. Er sagt: damit sei offenbar noch nicht erklärt, daß gerade der wirklich hervorgebrachte Erfolg in dem Willen des Handelnden gelegen habe; wenn aber nicht gerade der hervorgebrachte Erfolg auf den Willen des Handelnden zurückgeführt werden könne, so könnte nicht von bestimmten culposen Verbrechen (Tödtung, Brandstiftung u. s. w.) die Rede sein[123]), sondern nur von einem Verbrechen des Handelns mit dem Willen, nicht die gehörige Aufmerksamkeit und Sorgfalt anzuwenden. Allein diese Einwendung trifft nicht die Bestimmung der culpa als eines negativ bösen Willens, sondern vielmehr die nicht richtige Ansicht Feuerbach's, welcher zur culpa ein vorsätzliches Uebertreten des die obligatio ad diligentiam einschärfendes Gesetzes verlangt. Die Einwendung müßte mithin jedenfalls anders lauten, nämlich dahin, daß man nur von einem Verbrechen des nicht Aufmerkenwollens reden könnte. Aber auch so ist sie unbegründet. Luden verlangt, es müsse erklärt werden, daß gerade der wirklich hervorgebrachte Erfolg im Willen des Handelnden gelegen habe, die Tödtung u. s. w. Dies, meint er, könne nicht der Fall sein, wenn die culpose Rechtsverletzung gerade als die nicht gewollte bestimmt werde. Hierbei ist übersehen, daß unter: nicht gewollt, nur: nicht direct gewollt, nicht vorsätzlich gemeint ist. Daß aber culpa und dolus unterschieden seien, giebt er selbst zu. Indessen zeigt gerade seine Forderung, daß er diesen Unterschied sich nicht klar gedacht haben kann. Denn so, wie sie lautet, führt sie offenbar auf den dolus. Es müsse — sagt er — auch bei der culpa der rechtsverletzende Erfolg im Willen gelegen haben, nur

---

121) Mittermaier Note I zu Feuerbach §. 55. Gaertner, finium culpae in iure criminali regundarum. Berol. 1836.

122) Handb. des Strafrechtes §. 38. Abhandl. Bd. 2, S. 296 flg. Vgl. dagegen Köstlin a. a. O. S. 229 flg.

123) Vgl. die Auffassung von Stübel im N. Archiv des Criminalrechtes Bd. 8, S. 236 flg., welcher diesen Gesichtspunkt consequent durchführt.

Digitized by Google

nicht direct, sondern indirect, d. h. so, daß der Handelnde sich den Causalzusammenhang nicht als nothwendig, sondern nur als möglich vorgestellt habe." Bei dieser Vorstellung ist es nicht möglich, die verbotene Handlung mit Bestimmtheit zu wollen; dagegen könnte gar nicht von strafbarer culpa die Rede sein, wenn sich nicht nachweisen ließe, daß derselben, ungeachtet sie nicht Absicht ist, der Wille zu Grunde liegt, die verbotene Handlung zu begehen, d. h. mit anderen Worten: die culpa ist nicht directer dolus, wohl aber indirecter. Denn sobald der Wille im positiven Verhältniß zum Erfolge gedacht wird, ist zwar nicht immer directe Absicht (Vorsatz), immer aber Absicht vorhanden. Der Unterschied von nothwendiger und blos möglicher Folge ist an und für sich richtig; aber das Unrichtige liegt darin, daß die Vorstellung der möglichen Folge gefordert wird, wodurch die culpa sogleich in den dolus übergeht. Ganz übersehen ist der Begriff der mittelbaren Folge, auf welchen hier Alles ankommt. So lange wir den Willen als directes Princip der Folge haben, er denke sich diese als nothwendig oder blos als möglich, stehen wir im Kreise der Absicht; diesen verlassen wir erst dann, wenn wir den Willen blos als mittelbares Princip der Folge setzen [124]). Warum sollte aber eine bestimmte Folge, Tödtung u. s. w., nicht mittelbar auf den Willen als Princip zurückgeführt werden können? Den culpos Tödtenden sehen wir ja gerade nicht deshalb für strafbar an, weil er tödten wollte, sondern deshalb, weil er so unglücklich war, wider Willen zu tödten. Wir imputiren gerade die objective Qualität der That seinem Willen nicht; es ist wenig Unterschied, ob er getödtet, Brand gestiftet oder welchen Schaden er sonst hervorgebracht hat, wenn gleich die Größe des Schadens auf das Maaß der Strafe von Einfluß ist. Die innere Natur des culposen Delictes wird durch den Gegenstand nicht modificirt. Gleichwohl ist gerade das Gegentheil dieser Behauptung die Voraussetzung, von welcher Luden ausgeht. Derselbe macht übrigens auch bei dieser Lehre wieder eine bedeutende Concession, wenn er sagt: die Vorstellung, welche zur culpa gehöre, habe der Handelnde in jedem Falle, in welchem er sich nicht vorstelle, daß kein Causalzusammenhang zwischen seiner Thätigkeit und der verbotenen Handlung stattfinde, ohne sich dabei vorzustellen, daß er bestimmt stattfinde. Auch hier giebt er, was er auf der einen Seite genommen hat, auf der anderen wieder zurück. Zum Begriffe der culpa soll die Vorstellung der möglichen Folge gehören; andererseits soll diese Vorstellung stets als vorhanden angenommen werden, wenn nur nicht der Handelnde die Vorstellung vom Gegentheil gehabt habe. Wie soll sich damit der Einwurf reimen, welchen er der gewöhnlichen Theorie entgegenhält, „daß der nicht wirklich vorhergesehene Erfolg nicht in dem Willen des Handeln-

---

124) Letzteres erkennt freilich auch die gewöhnliche Theorie nicht an, sofern sie eine bewußte culpa annimmt. Siehe Mittermaier Note zu Feuerbach §. 56.

Digitized by Google

den gelegen haben könne, wenn er auch von ihm hätte vorhergesehen werden können und müssen?" Er selbst präsumirt ja die Vorstellung der möglichen Folge, sobald nur nicht der Handelnde beweist, daß er die Vorstellung vom Gegentheil gehabt habe. In dieser Präsumtion liegt ja aber gerade die getadelte Zumuthung an den Handelnden, daß er die Vorstellung von der möglichen Folge hätte haben sollen oder daß er sie gehabt haben müsse. Ebenso unbegründet ist die Behauptung, daß nach der gewöhnlichen Theorie die Grenze der criminellen culpa nur in den Begriff der mäßigen Sorgfalt gelegt werden könne. Wenn Luden diese Bestimmung tadelt, so hat er Recht, und eben daher auch darin, daß er sich bestrebt, den Anfangspunkt der strafbaren culpa der in das Privatrecht gehörenden Abstraction zu entnehmen und denselben durch Zurückführung auf die Individualität concret zu machen. Er hat aber dazu nicht das rechte Mittel gewählt; praktisch ist es gewiß nicht. Denn er stellt Alles auf den von dem Handelnden zu führenden Beweis, daß er sich gar keinen schlimmen Erfolg als möglich gedacht habe. Da nun aber dieser Beweis niemals oder nur sehr selten wird geführt werden können, so wird nach Luden das „bewußte Nichtwissen" vermuthet und culpa auch in solchen Fällen angenommen werden müssen, in welchen es die gewöhnliche Theorie nicht thut. Die neue Ansicht wird also gerade das, was sie vermeiden will, auf eine noch bedenklichere Weise herbeiführen. Aber auch theoretisch empfiehlt sie sich nicht. Denn erstens giebt sie sich mit Unrecht als neu aus, sofern sie so gut als die gewöhnliche Ansicht eine obligatio ad diligentiam aufstellt („da man nur solche Handlungen vornehmen soll, von welchen man sich vorstellt, zu wissen, daß keine verbotene Handlung damit begangen werde") und von dem Handelnden, sobald er nur diese Vorstellung gehabt zu haben nicht beweisen kann, annimmt, er habe sich in bewußtem Nichtwissen befunden, d. h. er habe sich die schlimme Folge als möglich vorstellen müssen. Sodann ist sie zwar allerdings relativ neu, sofern sie als Seitenstück zu den ehemaligen praesumtio doli nun auch noch eine praesumtio culpae aufstellt; allein diese Präsumtion ist nicht haltbar. Sie ist mithin 1) unrichtig, sofern sie die culpa durch ein Moment bestimmt, welches wesentlich den dolus bezeichnet und consequenter Weise zur Verwandelung der culpa in dolus führen müßte; dieser Consequenz sucht sie nun allerdings zu entgehen, wird aber dadurch 2) inconsequent, sofern sie an die Stelle der positiven Vorstellung der möglichen Folge den negativen Ausdruck setzt, wodurch sie wieder in das Gebiet der gewöhnlichen Theorie zurückfällt; 3) geht sie aber über dieses wieder hinaus, sofern sie das bewußte Nichtwissen, d. h. die Uebertretung der obligatio ad diligentiam so lange präsumirt, als nicht der Handelnde einen fast unmöglichen Beweis führen kann. Unmöglich ist nämlich der geforderte Beweis, sobald man es irgend genau damit nehmen will, was man doch stets als Voraussetzung annehmen muß. Denn Niemand kann beweisen, daß er sich bei irgend einer Handlung jede mögliche schlimme Folge

Digitized by Google

positiv als ausgeschlossen gedacht habe. Will man dann consequent sein und in Ermangelung dieses Beweises bewußtes Nichtwissen annehmen, so ist die Folge, daß man auch rein zufällige Folgen zur culpa zurechnen muß. Die gewöhnliche Ansicht ist auch hier viel richtiger, sobald man nur die Bestimmung der „mäßigen" Sorgfalt als eine ungehörige aus dem Strafrechte ausweist und die sogenannte bewußte Fahrlässigkeit vorläufig ausscheidet. Die unbewußte culpa der gewöhnlichen Ansicht ist gerade das charakteristische Dritte zwischen Vorsatz und Zufall. Sie enthält kein Moment des dolus in sich; sie läßt sich aber auch von dem Gebiete des casus sehr bestimmt abgrenzen. Letzteres darf nicht auf abstracte Weise geschehen. Aber auch der Beweis darf nicht vom Handelnden gefordert werden, welcher nach Luden zu fordern wäre. Vielmehr ist in jedem concreten Falle zu untersuchen, ob dieser bestimmten Person nach ihrem Maaße von Einsichten die Zumuthung gemacht werden könne, daß es die Folge hätte voraussetzen können und sollen [125]). Hier muß denn allerdings z. B. bei einem Apotheker eine culpose Vergiftung angenommen werden, während bei einer anderen Person in demselben Falle der Erfolg vielleicht als reiner Zufall erscheint. Niemals wird daher culpa vermuthet, sondern es muß dem Handelnden bewiesen werden, daß der Erfolg nicht als zufälliger betrachtet werden könne, daß es ihm nach dem Maaße seiner Einsichten unter den vorliegenden Umständen möglich gewesen wäre, denselben vorher zu bedenken, und daß er durch die Unterlassung dieser Erwägung die im vorliegenden Falle begründete obligatio ad diligentiam übertreten habe. Dabei wird aber nicht dieser Schuld der unterlassenen Reflexion auf zweideutige Weise die Präsumtion der positiven Vorstellung von der Möglichkeit der Folge (worin sogar eine praesumtio doli liegt) untergeschoben, sondern dasjenige, worauf Luden erst durch einen Umweg kommt, von vornherein als das Wesen der Sache ausgesprochen. — Da es das Wesen des Versehens ist, aus einem Irrthum zu entspringen, welchen nicht vermieden zu haben dem Willen zur Schuld angerechnet werden kann, so ist seine Grenze gegen den Zufall relativ [126]). Es kann dem Einen noch als Versehen zugerechnet werden, was dem Anderen vielmehr als Zufall zuzurechnen ist. Denn die Frage, ob ein Irrthum vermeidlich gewesen sei, kann immer nur nach der Subjectivität des Handelnden und nach den Umständen des concreten Falles entschieden werden. Die Grenze läßt sich daher nur negativ so angeben, daß der Handelnde wegen Versehens dann nicht verantwortlich ist, wenn ihm als solchen unter den vorliegenden Umständen nicht zugemuthet werden konnte, daß er den eingetretenen Erfolg als eine real mögliche Folge seiner Handlung voraus in seine Reflexion hätte aufnehmen sollen. Sowenig sich aber eine schlechthin bestimmte Grenze zwischen Versehen

125) Oersted, Grundregeln von der Strafgesetzgebung S. 236.
126) Vgl. Köstlin, Revision S. 236 flg.

Digitized by Google

und Zufall bezeichnen läßt, ebensowenig können absolute Grade des Versehens angegeben werden und zwar aus demselben Grunde. Dieselben könnten nämlich nur von der größeren oder geringeren Leichtigkeit, die Folge vorauszusehen, hergenommen werden. Allein darüber läßt sich objectiv nichts vorausbestimmen, weil die Wahrscheinlichkeit eine durchaus relative, nach der Subjectivität sich richtende Bestimmung ist. Allein nicht einmal für die einzelne Subjectivität giebt es Grade des Versehens, sofern man unter Grad eine durch qualitative Differenz fixirte Quantitätsbestimmung versteht. Denn es lassen sich zwar unendlich viele quantitative Abstufungen denken, aber nirgends ein Umschlagen dieser in qualitative Differenz. Das Versehen im Strafrechte unterscheidet sich hierdurch wesentlich von dem Versehen des Civilrechtes, bei welchem letzteren eine solche Eintheilung in Grade (culpa lata und levis) deshalb allerdings möglich ist, weil bei dem, allem bürgerlichen Rechte zu Grunde liegenden negativen Verhalten der Person zu anderen Personen allerdings ein Mittelmaaß der Aufmerksamkeit sich angeben läßt, nach welchem das Verhalten der einzelnen Subjectivität, welche als solche dem bürgerlichen Rechte gleichgiltig ist, gemessen und unter verschiedene Grade der Verantwortlichkeit in Bezug auf den Schadenersatz gebracht werden kann. Der letzte Grund, warum in specifischem Unterschiede vom Civilrechte das Strafrecht keine Gradationen der culpa statuiren kann, liegt darin, daß es sich im Strafrechte immer nur um die bestimmte Subjectivität, nicht um diese im Verhältniß zu anderen Personen handelt, für die Subjectivität aber und ihre Fähigkeit, Irrthümer zu vermeiden, keine abstracte Grenze gesetzt werden kann, und eben daher auch keine allgemein giltigen Grade der culpa, ja überhaupt keine sich angeben lassen[127]). Daraus folgt aber auch, daß der Anfangspunkt der strafbaren culpa durchaus nur relativ bestimmt werden kann. Ganz anders verhält sich dieses im Civilrechte, wo die Subjectivität als solche gleichgiltig ist, und Alles sich um das Verhalten der Person zu anderen Personen, nach dem Princip der gleichen Willensgeltung, dreht. Hier ist es eben um dieses Verhältnisses willen möglich und nöthig, einen allgemein giltigen Maßstab festzusetzen, nach welchem sich die Grade der culpa unterscheiden lassen. Diese Unterscheidungen beruhen nicht auf einer äußerlichen Relativität, sondern im Wesen der Sache. Denn gerade aus dem Wesen der verschiedenen bürgerlichen Rechtsverhältnisse geht es hervor, daß bei ihnen verschiedene Arten von Sorgfalt gefordert werden; bald nur die, welche selbst einem weniger Sorgfältigen zuzumuthen ist, bald die Normalsorgfalt eines guten Hausvaters, bald

127) Vgl. Weber im N. Archiv des Criminalrechtes Bd. 7, S. 561, 562. Die Bemerkung von Mittermaier Note l zu Feuerbach §. 58, die Unmöglichkeit, die culpa auf bestimmte Grade zurückzuführen, sei allgemein anerkannt, ist nur hinsichtlich des Unterschiedes von culpa lata und levis richtig, nicht aber hinsichtlich des Unterschiedes zwischen bewußter und unbewußter culpa, welcher doch auch ein Gradunterschied ist.

Digitized by Google

wenigstens so viel Sorgfalt, als man in seinen eigenen Geschäften zu beobachten pflegt. Da nun diese Arten von Sorgfalt zugleich der Größe nach unterschieden sind, und jedesmal das, was über die geforderte Sorgfalt hinausfällt, zum nicht imputablen Zufall gerechnet wird, so giebt es hier verschiedene Grade der culpa. Dabei ist allerdings die sogenannte culpa in concreto relativer Natur, indem bei ihr die Subjectivität des Handelnden berücksichtigt werden muß. Der wesentliche Unterschied vom Strafrechte ist aber der, daß in den Fällen der diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, welche aber nur im Kreise obligatorischer Verhältnisse vorkommen, nicht die Subjectivität an und für sich, sondern dieselbe in Vergleichung mit dem allgemeinen Maßstabe in Erwägung kommt. — Das Versehen drückt einen geringeren Schuldgrad aus als der Vorsatz. Denn während bei diesem die subjective Seite der Handlung mit ihren beiden Momenten, dem Wissen und dem Willen, der objectiven entspricht, Wille und That sich decken, so ist im Versehen ein Ueberschuß des Thatmomentes über das Willensmoment enthalten; der Handelnde wußte und wollte nicht die wirkliche Existenz des rechtsverletzenden Erfolges, sondern wollte nur dessen Bedingung, seine reale Möglichkeit; seine Schuld ist es aber, daß er diese Möglichkeit nicht auch in sein Wissen erhoben hat, was ihn abgehalten haben würde, die Bedingung einer mittelbaren Folge zu wollen. Bei objectiv gleichem rechtsverletzenden Erfolge liegt also bei dem Versehen nur ein theilweises Entsprechen von Willen und That vor, während dieses Entsprechen bei der vorsätzlichen Handlung vollständig ist. Zugleich ist aber klar, daß das Versehen dann in Vorsatz übergeht, wenn das blos mögliche Wissen zum wirklichen erhoben, d. h. der Causalzusammenhang zwischen der Handlung und der mittelbaren Folge wirklich eingesehen und mit diesem Wissen gehandelt wurde. — In dem culposen Verbrechen liegt der Uebergang vom Criminalvergehen in das Polizeivergehen. Auch dieses besteht in dem Wollen einer Handlung, aus welcher als mittelbare Folge sehr leicht eine Rechtsverletzung entstehen kann. Allein zwischen beiden findet doch ein wesentlicher Unterschied statt. Die Polizei hat es nämlich überall nicht mit dem an sich Unrechten und dem wirklichen Unrechte zu thun, sondern lediglich mit dem Wohle, zu welchem Behufe sie als Sicherheitspolizei unter Anderem auch solche Handlungen bei Strafe verbietet, welche, an sich gleichgiltig, die reale Möglichkeit des Unrechtes in sich tragen. Solche Handlungen sind nun allerdings in der Regel dieselben mit demjenigen, aus welchen das culpose Vergehen entspringt. Aber sie gehören eben vor die Polizei nur dann, wenn es bei der bloßen Möglichkeit des Unrechtes geblieben ist, während sie der Justiz dann zufallen, wenn sich das wirkliche Unrecht daraus entwickelt hat. Zwar scheint von der gerechten Bestrafung des blos versuchten vorsätzlichen Verbrechens ein Einwand gegen den Satz hergenommen werden zu können, daß es die Rechtspflege nur mit dem existent gewordenen Unrechte zu thun habe. Dieser Einwand fällt aber vor der Einsicht, daß

Digitized by Google

der irgendwie in That übergegangene Vorsatz bereits über die bloße Möglichkeit des Unrechtes hinausgeschritten und in das Stadium seiner Existenz eingetreten ist, während umgekehrt der culpose Wille so lange, als das Unrecht nicht objectiv existent geworden ist, bloße Möglichkeit desselben bleibt, und eben deshalb nicht die Rechtspflege, sondern nur Rechtspolizei angeht. Das culpose Verbrechen setzt deshalb voraus, daß die rechtsverletzende Folge wirklich in das Dasein getreten sei. Eben durch diesen wirklichen Effect erhält die criminelle Zurechnung desselben einen Inhalt; ja sie wird dadurch überhaupt erst möglich, da ohne einen solchen die Frage gar nicht entstehen könnte, ob der Wille des Handelnden negativ böse gewesen sei, ob er diese Folge als eine mittelbare Folge seiner Handlung hätte voraussetzen können. Darum ist auch die Zurechnung bei dem Polizeivergehen eine wesentlich andere, als bei dem culposen Vergehen. Bei jenem wird dem Handelnden seine Handlung nur als eine dem Wohle gefährliche, es wird ihm nicht das mittelbar darin enthaltene an sich Unrechte zugerechnet; und eben wegen des ersteren Momentes betrachtet der Staat, welcher solche Handlungen ausdrücklich verbietet und für möglichste Verbreitung des Verbotes sorgt, mit Recht bei dem Polizeivergehen Vorsatz und Fahrlässigkeit als indifferent. Dagegen wird bei dem culposen Criminalvergehen gerade umgekehrt das mittelbar in der gefährlichen Handlung enthaltene an sich Unrechte zugerechnet. Der innere Grund der Zurechnung ist freilich in beiden Fällen derselbe, nämlich das Negativbösesein des Willens, wodurch er die positive Bedingung für mittelbar entstehendes Unrecht wird. Aber gerade weil dieser negativ böse Wille nur negativ bös, nur die reale Möglichkeit des Unrechtes ist, so muß die Zurechnung eine verschiedene werden, je nachdem diese Möglichkeit bloße Möglichkeit bleibt oder zur Wirklichkeit wird [128]). — Die Handlung, wie sie im Versehen erscheint, steht nicht mehr in blos formeller Einheit mit dem Willen als sein blos selbstloser Widerschein, wie es bei der vorsätzlichen Handlung der Fall ist. Sie erscheint aber auch nicht mehr so in sich gebrochen, wie bei dem Zufalle, daß nur einige ihrer Seiten dem Willen angehören, andere aber nicht; vielmehr gewinnen bei dem Versehen alle Momente der Handlung eine Beziehung zu dem Willen und stellen dadurch die im Zufalle gebrochene Allgemeinheit derselben wieder her, allein nun nicht mehr so, daß diese Allgemeinheit der willkürliche Zusammenhang subjectiver Reflexion ist, wie bei dem Vorsatze, sondern so, daß sie als objectiver Zusammenhang an dem Thatmomente erscheint. Diese objective Allgemeinheit ist aber nichts anderes, als die Substanz der Handlung selbst, welche sich in den einzelnen Thatmomenten, den Umständen und Folgen als ihren Accidenzen und nothwendigen Wirkungen bethätigt. Sofern der Wille nun eben diese allgemeine Qualität,

128) Stübel in seiner Abhandlung im N. Archiv des Criminalr. Bd. 8, S. 236—323 hat diese Momente verkannt.

Digitized by Google

die innere Natur der Handlung selbst auffaßt und diese äußerlich zu verwirklichen sucht, ist er nicht mehr Vorsatz, sondern Absicht[129]). Dem Vorsatze ist die Willkürlichkeit der subjectiven Reflexion wesentlich, wodurch die objective Seite der Handlung als das ganz Selbstlose und Passive gesetzt wird. Daher ist auch die Allgemeinheit in der vorsätzlichen Handlung keine objective, in sich selbst begründete, sondern eine blos formelle, durch die Willkür der subjectiven Reflexion bestimmte. Die Totalität der vorsätzlichen Handlung erstreckt sich aber nur so weit, als das Wissen und Wollen des Subjectes geht. Gesetzt also, es setzte sich Jemand vor, einen Anderen in das Herz zu stechen und er tödtet ihn durch die Ausführung dieses Vorsatzes, so ist der Stich in das Herz, nicht aber die Tödtung eine vorsätzliche Handlung. Es wird zwar Jedermann die Tödtung dem Handelnden zurechnen; aber dies kann eben nur geschehen, indem man dem beschränkteren Begriffe des Vorsatzes den weiteren Begriff der Absicht substituirt. Die Einseitigkeit des Vorsatzes erzeugt den directen Gegensatz desselben, den Zufall. Während bei jenem die objective Seite der Handlung als selbstlos in der subjectiven verschwindet, so macht sie sich bei dem Zufalle umgekehrt als unabhängig von dem Wissen und Wollen des Subjectes geltend; es tritt darin die ursprüngliche Fremdheit der Objecte in ihrer ganzen Schroffheit hervor. Am Zufalle mithin wird das freie Subject gedemüthigt; es lernt, daß es ihm nicht gegeben sei, die endliche Welt schlechthin zu bestimmen, sondern daß es sich ebensowohl ein Bestimmtwerden durch sie gefallen lassen müsse. Diese Wahrheit tritt eben in dem Momente der criminellen culpa praktisch an das Subject heran. Das Recht des Subjectes, nur das als das Seinige anzuerkennen, was es wissentlich als das Seinige gesetzt hat, erleidet die wesentliche Beschränkung, daß es auch dasjenige als das Seinige anerkennen muß, was es zwar nicht gewußt hat, aber indem es sich zum Handeln anschickte, hätte wissen können und sollen. Die Allgemeinheit der Handlung tritt somit schon im Versehen von der subjectiven Seite auf die objective hinüber. Der Handelnde soll an die Folgen seiner Handlung denken. Es ist nicht genug, keine bösen Vorsätze zu fassen, sondern man soll sich auch anstrengen, nicht unvorsätzlich zu Verbrechen zu kommen. Dies soll man eben dadurch leisten, daß man sich nicht mit der willkürlichen Allgemeinheit der Reflexion, wie sie im Vorsatze liegt, begnügt, sondern sich bemüht, die objective Allgemeinheit in der Handlung selbst aufzufassen, die Handlung selbst sich als ein Ganzes zu denken, welches seine Theile, als eine Ursache, welche ihre Wirkungen, ihre nothwendigen und möglichen Folgen hat. Dies ist eben die obligatio ad diligentiam, welche von dem culpos Handelnden

129) Abegg §. 83 Zus. findet gerade den Ausdruck Vorsatz (propositum) am geeignetsten für die Bezeichnung des dolus, und weist den Ausdruck Absicht deshalb ab, weil hiermit das Verhältniß des Willens zum Zwecke, dessen Mittel der Erfolg sein solle, bezeichnet werde. S. dagegen Köstlin, Revision S. 244.

Digitized by Google

übertreten wird. Diese objective Allgemeinheit der Handlung selbst nun, wonach sie als die Substanz ihrer einzelnen Umstände, als die Ursache ihrer Wirkungen, als ein wirklicher lebendiger Begriff, eine Totalität für sich erscheint, diese ihre innere Natur und allgemeine Qualität macht die Grundlage für den Begriff der Absicht aus. So hat in dem vorgedachten Falle die Handlung des Stechens in das Herz die allgemeine Qualität der Aufhebung des lebendigen Organismus, der Tödtung in sich, d. h. ein Vorsatz zum ersteren muß nothwendig die Absicht zu tödten in sich schließen. Hier ist dann also die Handlung nicht mehr ein willkürliches Aggregat von Umständen, sondern sie hat ein inneres Band, einen in sich nothwendigen Zusammenhang von Umständen und Folgen, welche ihr eigenthümlich angehören und welche nun eben ihren Thatbestand ausmachen. — Gehen wir schließlich zu den neuen Strafgesetzgebungen über, so sieht man aus deren Fassung, wie ängstlich die Gesetzgeber bemüht sind, der Ausdehnung der Strafbarkeit der culpa entgegenzuwirken. Die Grundansicht, welche bei allen Ständeverhandlungen vorschwebt und in den Motiven der Gesetzentwürfe liegt, ist, daß nur die Unterlassung der gewöhnlichen Vorsicht bestraft werde. Diese beruht freilich wieder auf der unrichtigen Ansicht der gewöhnlichen Theorie, nach welcher verschiedene Gradationen der culpa angenommen und die dem Civilrechte angehörigen Abstufungen der culpa auf das Criminalrecht übertragen werden. Daß gemeinrechtlich bei allen Verbrechen, wenn culpa dabei vorkommt, Strafe begründet sei, ist nicht erweislich [130]). Auch nach allgemeinen Gründen wäre dies nicht richtig [131]). Die Ansicht, daß nicht bei allen Verbrechen culpa strafbar sein soll, siegt jetzt auch in der Wissenschaft [132]) und in den neueren Gesetzgebungen. Die allgemein gefaßte Vorschrift im Art. 64 des bayer. Strafgesetzbuches, nach welcher bei allen Verbrechen culpa bestraft werden soll, hat sich nur nachtheilig gezeigt. In Frankreich ist schon lange die Ansicht geltend, daß nur bei gewissen Verbrechen (Tödtung, Verwundung) culpa strafbar ist. In den teutschen Strafgesetzbüchern herrscht große Verschiedenheit. Das österreichische Strafgesetzbuch nimmt culpa nicht in den von den Verbrechen handelnden Theil auf, sondern führt unter den Vergehen und Uebertretungen die einzelnen Handlungen auf, welche gefährlich sind und als Vergehen oder Uebertretungen mit Strafe bedroht werden, so daß der Thäter wegen Uebertretung des besonderen Strafgesetzes bestraft wird. Das preuß. Landrecht §. 28—34 erklärt denjenigen der Fahrlässigkeit schuldig, welcher bei Uebertretung des Strafgesetzes zwar die gesetzwidrige Folge seiner Handlung nicht wirklich vorausgesehen hat, aber bei gehöriger Aufmerksamkeit und Ueberlegung hätte voraussehen können. Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 erklärt die Fahr-

130) Hefftter, Criminalr. §. 72.

131) Oersted, Grundregeln S. 249. Mittermaier, über den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung in Teutschland S. 169.

132) Bauer, Abhandl. Bd. 1, S. 287—292.

Digitized by Google

läſſigkeit nur bei gewiſſen Verbrechen für ſtrafbar, z. B. bei der Tödtung (§. 184), Körperverletzung (§. 198). Das bayer. Strafgeſetzb. Art. 64—70 (oldenb. Strafgeſetzb. Art. 58—64) ſtellt zuvörderſt den allgemeinen Grundſatz auf, daß jeder Unterthan ſchuldig iſt, gefährliche Handlungen zu unterlaſſen und in jedem Unternehmen mit gehöriger Aufmerkſamkeit und Bedachtſamkeit zu verfahren, damit er auch nicht unabſichtlich Andere in ihren Rechten verletze oder Geſetze des Staates übertrete. Wer dieſer Verbindlichkeit zuwider etwas gethan oder unterlaſſen hat, woraus ohne ſeine Abſicht eine in dem Strafgeſetzbuche enthaltene Uebertretung entſtanden iſt, wird deshalb wegen Vergehen aus Fahrläſſigkeit verantwortlich. Es wird dann grobe und geringe Fahrläſſigkeit unterſchieden. Grobe Fahrläſſigkeit iſt vorhanden: 1) wenn der Beſchädiger die Gefährlichkeit ſeiner Handlung ſelbſt eingeſehen, gleichwohl aber in unbeſonnenem Leichtſinn dieſelbe nicht unterlaſſen hat; 2) wenn ſeine Handlung in ſo hohem Grade gefährlich war, daß er bei geringer Aufmerkſamkeit hätte einſehen müſſen, daß der rechtswidrige Erfolg wenigſtens ebenſo leicht daraus entſtehen, als nicht entſtehen könne; 3) wenn der Handelnde durch den Vortheil eigenthümlicher Kenntniſſe oder Verhältniſſe vorzüglich im Stande war, die Gefährlichkeit ſeiner Handlungsweiſe einzuſehen oder den nachtheiligen Folgen derſelben zuvorzukommen; 4) wenn die fahrläſſige Handlung zugleich ſchon aus anderen Gründen an ſich unerlaubt oder rechtswidrig geweſen iſt, oder 5) der Handelnde, nächſt der allgemeinen Verbindlichkeit, noch durch beſondere Pflichten des Standes, Berufes, übernommener Verpflichtungen und dergleichen zu vorzüglicher Sorgfalt und Ueberlegung aufgefordert war. Wer vom Staate zur Ausübung einer Wiſſenſchaft, Kunſt oder Profeſſion nicht berechtigt iſt und ohne dringende pflichtmäßige Veranlaſſung eine Handlung unternimmt, wozu die Kenntniſſe oder Fertigkeiten ſolcher Wiſſenſchaft, Kunſt oder Profeſſion vorausgeſetzt werden, iſt für den daraus entſtehenden Schaden wegen grober Fahrläſſigkeit verantwortlich. Desgleichen iſt grobe Fahrläſſigkeit vorhanden, wenn Perſonen, welche mit Bewilligung oder aus Auftrag des Staates eine Wiſſenſchaft, Kunſt oder Profeſſion üben, aus Mangel oder Vernachläſſigung der zu jener Wiſſenſchaft, Kunſt oder Profeſſion gehörenden gemeinen Kenntniſſe oder Fertigkeiten eine Rechtsverletzung verurſacht haben. Geringe Fahrläſſigkeit iſt vorhanden: 1) wenn die fahrläſſige Handlung mit dem geſetzwidrigen Erfolge in entferntem Zuſammenhange ſtand, und zwar wohl mögliche, doch nur als ungewöhnliche und unwahrſcheinliche Wirkung vorauszuſehen war; 2) wenn zwar die Handlung an und für ſich zu der vorher unter 2. beſchriebenen, gefährlicheren Gattung gehörte, der Handelnde aber entweder aus Schwäche und Stumpfheit des Verſtandes oder wegen eines die Aufmerkſamkeit und Ueberlegung ſtörenden unverſchuldeten Gemüthszuſtandes oder wegen ungünſtiger äußerer Umſtände, die hohe Gefährlichkeit ſeiner Handlung nicht leicht einzuſehen vermochte oder ihren ſchädlichen Erfolg nur mit

Digitized by Google

besonderer Anstrengung geistiger oder körperlicher Kräfte verhindern konnte; 3) wenn der Handelnde durch unverschuldete dringende Umstände zu schnellen Entschließungen bestimmt war; 4) wenn die gefährliche Handlung in Ausübung einer Amts- oder anderen Pflicht aus bloßem Uebermaaße des Pflichteifers geschehen ist. Eine strafbare Handlung oder Unterlassung, welcher kein rechtswidriger Vorsatz, sondern nur Fahrlässigkeit zu Grunde liegt, soll blos als Vergehen, daher nicht härter als mit Gefängniß, und zwar im Falle grober Fahrlässigkeit in folgendem Verhältnisse gestraft werden: 1) mit Gefängniß auf 18 Monate bis zu 2 Jahren, wenn die strafbare Handlung bei vorhandenem rechtswidrigen Vorsatze ein Kapitalverbrechen wäre (oldenburg. Strafgesetzbuch 3 Monate bis zu 2 Jahren); 2) mit Gefängniß von 1 Jahre bis zu 18 Monaten, wenn in der gedachten Voraussetzung Kettenstrafe eintreten würde (oldenburg. Strafgesetzbuch 2 bis 18 Monate); 3) mit 6 Monaten bis zu 1 Jahre, wenn der rechtswidrige Vorsatz Zuchthausstrafe zur Folge hätte (oldenb. Strafgesetzbuch 1 Monat bis zu 1 Jahre); 4) mit 1 Monate bis zu 6 Monaten, wenn der rechtswidrige Vorsatz mit Strafarbeitshaus belegt ist (oldenb. Strafgesetzbuch 14 Tage bis zu 6 Monaten); 5) mit Gefängniß nicht über 1 Monat, wenn auf dem rechtswidrigen Vorsatz eine die Dauer von 6 Monaten übersteigende Gefängnißstrafe steht (das oldenb. Strafgesetzbuch stimmt damit überein; eine Verordnung vom 11. October 1821 fügt aber noch hinzu: „Bei Vergehen, auf welche das Strafgesetzbuch bei vorhandenem rechtswidrigen Vorsatze eine geringere als sechsmonatliche Gefängnißstrafe gesetzt hat, tritt im Falle grober Fahrlässigkeit Verweis oder Geldstrafe von 1—50 Thalern oder Gefängniß von 1—14 Tagen ein. Der Verweis kann mit der Geld- oder Gefängnißstrafe verbunden werden.“). Geringe Fahrlässigkeit wird bestraft: 1) bei Verbrechen, auf welche Todes- oder Kettenstrafe gesetzt ist, mit 3—6 Monaten Gefängniß (oldenb. Strafgesetzbuch 1—6 Monate); 2) bei Verbrechen, deren Strafe das Zuchthaus ist, mit 14 Tagen bis zu 3 Monaten (oldenburg. Strafgesetzbuch ebenso); 3) bei solchen, welche Arbeitshaus zur Folge haben, mit 2 bis zu 14 Tagen (oldenburg. Strafgesetzbuch ebenso). In Bayern ist der Art. 64 des Strafgesetzbuches, welcher die allgemeine Vorschrift über Strafbarkeit der Fahrlässigkeit bei allen Verbrechen enthält, durch Art. 8, Abs. 2 des Gesetzes vom 29. August 1848 aufgehoben und an dessen Stelle tritt Art. 1 dieses Gesetzes: „Ob eine dem Strafgesetze äußerlich zuwiderlaufende Handlung vorsätzlich begangen worden, oder ob dem Thäter deshalb Fahrlässigkeit oder kein Verschulden zur Last falle, gehört zur Thatfrage und ist nach den Umständen zu beurtheilen. Die Bestimmungen des Art. 65—70, Th. 1 des Strafgesetzbuches bezüglich der Grade der Fahrlässigkeit kommen lediglich bei der Strafzumessung in Anwendung.“ Der Code pénal enthält kein allgemeines Strafgesetz wegen culpa, sondern erklärt nur bei einzelnen Verbrechen die culpa, welche er durch maladresse, imprudence, inattention, négligence ou

Digitized by Google

inobservation des reglemens[133]) bezeichnet, für strafbar[134]). Das sächsische Strafgesetzbuch Art. 48 will Handlungen, wodurch unvorsätzlich eine Rechtsverletzung herbeigeführt worden ist, nur, wenn diese Rechtsverletzung durch Unbedachtsamkeit (wovon keine Definition gegeben wird) verschuldet wurde und nur in den vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Fällen mit Strafe belegt wissen. Eine ungewöhnliche Bedachtsamkeit soll von dem Handelnden, außer wo eine besondere Verpflichtung dazu stattfindet, nicht verlangt werden. Das württemberg. Strafgesetzb. Art. 58 sagt: „Wer aus Mangel an Aufmerksamkeit oder Ueberlegung etwas gethan oder unterlassen hat, woraus ohne sein Wollen eine Rechtsverletzung entstanden ist, soll in den gesetzlich bestimmten Fällen wegen Vergehens aus Fahrlässigkeit gestraft werden." Nach Art. 59 hängt der größere oder geringere Grad der Fahrlässigkeit 1) davon ab, ob der Handelnde die Gefährlichkeit seiner Handlung eingesehen, diese aber in dem leichtsinnigen Glauben, daß der rechtswidrige Erfolg nicht eintreten werde, gleichwohl begangen oder ob derselbe aus Mangel an Aufmerksamkeit jene Beschaffenheit seiner Handlung nicht bedacht hat, überhaupt aber 2) davon, ob die Entstehung des rechtswidrigen Erfolges als mehr oder minder wahrscheinlich anzusehen und ob er die Größe desselben mehr oder minder einzusehen im Stande war. Diese Artikel sind indessen durch Art. 9 des Gesetzes vom 13. August 1849 aufgehoben, ohne daß andere Vorschriften an deren Stelle gesetzt sind. Das hannöv. Strafgesetzb. Art. 46—51 erklärt einen Jeden für schuldig, bei seinen Handlungen mit gehöriger Aufmerksamkeit zu verfahren, damit er auch nicht unabsichtlich die Rechte Anderer verletze oder die Gesetze übertrete. Wer, dieser Verbindlichkeit zuwider, etwas gethan oder unterlassen hat, woraus ohne seine Absicht eine in dem Strafgesetzbuche, auch ohne Voraussetzung des rechtswidrigen Vorsatzes, mit Strafe bedrohte Verletzung entstanden ist, macht sich eines Verbrechens aus Fahrlässigkeit schuldig. Der Grad der Fahrlässigkeit soll nach den persönlichen Verhältnissen und den Umständen, welche auf die Unachtsamkeit eingewirkt haben, in jedem einzelnen Falle vom Richter bestimmt werden, welcher dabei sein Augenmerk vorzüglich auf folgende Gegenstände zu richten hat. Als grobe Fahrlässigkeit soll in der Regel betrachtet werden: 1) wenn der Beschädiger die Gefährlichkeit seiner Handlung selbst eingesehen, gleichwohl aus Leichtsinn oder Gleichgiltigkeit dieselbe nicht unterlassen hat; 2) wenn seine Handlung in so hohem Grade gefährlich war, daß er bei geringer Aufmerksamkeit hätte einsehen müssen, daß der rechtswidrige Erfolg leicht daraus entstehen könne; 3) wenn die fahrlässige Handlung zugleich in anderer Rücksicht schon an sich unerlaubt und rechtswidrig war; 4) wenn der Handelnde, vermöge eigenthümlicher Kenntnisse oder Verhältnisse, vorzüglich im Stande

---

133) Was darunter zu verstehen sei, s. in Hélie, theorie Vol. V. p. 474.
134) Code pénal art. 319. 320. 458. Hélie Vol. V. p. 470.

Digitized by Google

war, die Gefährlichkeit seiner Handlung einzusehen oder den nachtheiligen Folgen derselben zuvorzukommen; 5) wenn er, außer der allgemeinen Verbindlichkeit noch durch besondere Pflichten der Natur, seines Standes, Berufes, freiwillig übernommener Verpflichtungen und dergl. zu vorzüglicher Sorgfalt und Ueberlegung aufgefordert war; 6) wenn er schon früher wegen ähnlicher Fahrlässigkeit gestraft oder gewarnt war; 7) wenn Jemand zur Ausübung einer Wissenschaft, Kunst oder Profession nicht berechtigt ist und dennoch ohne dringende pflichtmäßige Veranlassung oder länger, als es die Noth erfordert, eine Handlung unternimmt, wozu die Kenntnisse oder Fertigkeiten solcher Wissenschaft, Kunst oder Profession vorausgesetzt werden; 8) wenn Personen, welche, mit Bewilligung oder im Auftrage des Staates, eine Wissenschaft, Kunst oder Profession ausüben, aus Mangel oder Vernachlässigung der hierzu gehörenden gemeinen Kenntnisse oder Fertigkeiten eine Rechtsverletzung verursacht haben. Geringere Fahrlässigkeit ist in der Regel vorhanden: 1) wenn die fahrlässige Handlung mit dem gesetzwidrigen Ermessen in entferntem Zusammenhange stand und derselbe nur als ungewöhnliche oder unwahrscheinliche Wirkung vorausgesehen werden konnte; 2) wenn zwar die Handlung an sich zu der vorher unter 2. beschriebenen gefährlicheren Gattung gehörte, der Handelnde aber entweder wegen Schwäche des Verstandes oder wegen eines die Aufmerksamkeit und Ueberlegung störenden unverschuldeten Gemüthszustandes oder wegen ungünstiger äußerer Umstände die große Gefährlichkeit seiner Handlung nicht leicht einzusehen vermochte; 3) wenn der Handelnde durch unverschuldete dringende Umstände zur schnellen Entschließung bestimmt wurde. Ein Verbrechen aus Fahrlässigkeit soll, vorbehältlich der im besonderen Theile des Strafgesetzbuches enthaltenen höheren Strafbestimmungen, nach folgenden Vorschriften bestraft werden: 1) die grobe Fahrlässigkeit wird, wenn das vorsätzliche Verbrechen eine schwere Strafe (Tod, Kettenstrafe, Zuchthaus, Dienstentsetzung, s. Art. 8) zur Folge gehabt hätte, mit Gefängniß von 1 Monat bis zu 3 Jahren Arbeitshaus; wenn dasselbe hingegen mit einer leichteren Strafe bedroht ist, nicht härter als mit Gefängniß bestraft. Die geringere Fahrlässigkeit ist immer nur mit Geldbuße, gerichtlichem Verweise oder Gefängniß zu bestrafen[135]). Das bad. Strafgesetzb. §. 101: sagt: „Wenn Jemand eine Handlung begeht, oder eine Handlung, zu der er rechtlich verpflichtet war, unterläßt, aus welcher Handlung oder Unterlassung ohne seine Absicht eine Rechtsverletzung entspringt, die von ihm nach allgemeiner Erfahrung oder nach seiner besonderen Kenntniß, bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit, vorherzusehen und zu vermeiden gewesen wäre, so wird ihm die eingetretene Verletzung zur Fahrlässigkeit zugerechnet." Nach Art. 102

135) Leonhardt, Comm. zum hannöv. Strafgesetzb. S. 277 zählt 19 Verbrechen auf, wo culpa strafbar ist.

Digitized by Google

werden fahrlässige Uebertretungen nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz die Fahrlässigkeit namentlich mit Strafe bedroht hat. Es sind dies fahrlässige Tödtung (§. 211, 212), Körperverletzung (§. 237), Vergiftung (§. 245, 248), Feuerverwahrlosung (§. 562), fahrlässige Verbreitung einer Viehseuche (§. 581). Das hessische Strafgesetzbuch Art. 57 (nass. Strafgesetzb. Art. 54) definirt die Fahrlässigkeit nicht, sondern sagt nur: „Werden Handlungen, deren vorsätzliche Verübung das Gesetz als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedroht, aus Fahrlässigkeit begangen, so unterliegen sie nur in den Fällen einer Strafe, in welchen dieses im zweiten Theile dieses Gesetzbuches ausdrücklich verfügt ist; aber selbst in diesen Fällen findet keine Bestrafung statt, wenn bei der Handlung oder Unterlassung die gewöhnlich gehörige Aufmerksamkeit und Vorsicht angewendet worden ist." Im ganzen sind 13 Fälle, wo Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht ist. Das altenb. Strafgesetzbuch Art. 32 definirt die Fahrlässigkeit nicht und will eine daraus entstandene Rechtsverletzung nur in den im Gesetze bestimmten Fällen mit Strafe belegt wissen. Es sind dieses im ganzen 14 Fälle. Das braunschweig. Strafgesetzb. §. 29 enthält ebensowenig eine Definition der Fahrlässigkeit und sagt: „Wer ohne Absicht, aus Mangel an Aufmerksamkeit oder Ueberlegung das Strafgesetz übertritt, ist, jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen, wegen Verbrechens aus Fahrlässigkeit zu strafen." Das thüring. Strafgesetzb. Art. 30 erklärt fahrlässige Uebertretungen nur da, wo sie durch ein Gesetz besonders mit Strafe bedroht sind, für strafbar. Ueber dasjenige, was zur Fahrlässigkeit zuzurechnen sei, spricht es sich so aus: „Zur Fahrlässigkeit sind Uebertretungen zuzurechnen, wenn die in ihnen enthaltene Rechtsverletzung von dem Thäter nicht beabsichtigt wurde, aber von ihm hätte vorhergesehen und vermieden werden können, falls er die unter den vorliegenden Umständen gewöhnliche oder eine ihm besonders obliegende Aufmerksamkeit, Ueberlegung oder Fleiß angewendet haben würde." Das luzerner Strafgesetzb. Art. 30 erklärt die Fahrlässigkeit nur als correctionell polizeilich strafbar. Das zürichsche Strafgesetzb. Art. 62 erklärt sich wie das altenburgische (sächs. Strafgesetzbuch von 1838).

3) Zusammentreffen von dolus und culpa. Es giebt Fälle, in welchen aus oder doch im Zusammenhange mit einer auf einen bestimmten Erfolg gerichteten Handlung ein anderer, von dem Handelnden zunächst nicht beabsichtigter Erfolg entstanden ist. Zur Würdigung dieser Fälle hat man verschiedene Systeme aufgestellt: 1) das des dolus indirectus[136]); 2) das von Feuerbach aufgestellte der culpa dolo determinata; 3) das der Aufstellung einer gesetzlichen Vermuthung dafür, daß der Vorsatz auf den eingetretenen Erfolg sich bezogen habe;

136) Dasselbe hat neuerlich wieder in Schutz genommen Köstlin, Revision S. 293 flg. Siehe dagegen Berner, Lehre von der Theilnahme S. 121 flg. Kitka in der Zeitschrift „der Jurist" 1842 S. 81—91. Luden, Handb. des Strafr. Bd. 1, S. 259, 262.

Digitized by Google

4) das der Drohung besonderer Strafen, je nachdem der Thäter bei fahrlässigen, durch vorsätzliche Verübung eines geringeren Verbrechens verursachten schwereren Verbrechen das schwerere als mehr oder minder wahrscheinliche Folge voraussah; 5) das System der Concurrenz von Strafen des dolus und der culpa und Auflösung der verschiedenen Fälle. Die Lehre von der culpa dolo determinata hat der richtigen Beurtheilung der Fälle sehr geschadet, weil die Richter alle Fälle, wo ein anderer Erfolg, als der beabsichtigte entstand, nach einem gleichen Maaßstabe beurtheilten und eine besondere Art von Willenszustand annahmen. Der Ausdruck culpa dolo determinata deutete darauf, daß die culpa durch den dolus bestimmt werde, was unrichtig ist. Alles kommt darauf an, inwieweit gerechter Weise die Folgen einer Handlung Jemandem zugerechnet werden können, und wie weit nach der im einzelnen Falle vorliegenden Handlungsweise der Erfolg als mit beabsichtigt oder doch als vorausgesehen betrachtet werden kann [137]). Die gemeinrechtliche Praxis kam zu dem oben unter 5. geschilderten System, nach welchem man gesetzlich nichts vermuthet, sondern in jedem Falle den Willenszustand des Thäters genau zergliedert und darnach die Strafe, z. B. durch Annahme der Strafe des dolus in Bezug auf das beabsichtigte, und Strafe der culpa wegen des eingetretenen Erfolges unter Umständen, das rechte Maaß findet [138]). — In den neuen Gesetzgebungen liegt das Streben zum Grunde, durch gewisse Vorschriften, z. B. Vermuthungen, die häufigen Ausflüchte der Thäter unschädlich zu machen. Das österreich. Strafgesetzbuch §. 1 nimmt bösen Vorsatz nicht nur dann an, wenn vor oder bei der Unternehmung oder Unterlassung das Uebel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, geradezu bedacht und beschlossen worden ist; sondern auch dann, wenn aus einer anderen bösen Absicht etwas unternommen oder unterlassen worden ist, woraus das Uebel, welches dadurch entstanden ist, gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann. Die österreichische Praxis faßt die Vorschrift nicht so auf, daß die gesetzliche Vermuthung zum Grunde liege, sondern sieht auf die Umstände des einzelnen Falles und vergleicht den Fall mit ähnlichen und in Erfahrung gebrachten Fällen [139]). Das preußische Landrecht Theil II, Tit. 20, §. 811—815 spricht davon bei der Tödtung und droht strenge Strafen an, indem es von gewissen Vermuthungen ausgeht [140]). Das

137) Die Erfahrungen in Bayern, dessen Strafgesetzbuch durch die Ansichten von Feuerbach geleitet wurde und gesetzliche Vermuthungen aufstellte, zeigt, zu welcher Härte die Rechtsprechung, wenn sie nicht verständiger Weise den Fehlern des Gesetzes abhilft (siehe darüber Arnold im Archiv des Criminalr. 1843 S. 530), mit diesem System kommt. Feuerbach selbst hatte in dem von ihm zurückgelassenen Entwurfe Tit. 4, Art. 3 die praesumtio doli aufgegeben.

138) Hefftter im Archiv des Criminalr. Bd. 12, S. 285. Luden a. a. O. Bd. 1, S. 263.

139) Kitka in der Zeitschrift „der Jurist" 1842 S. 67—69.

140) S. Meyer, vom Thatbestande S. 47. Temme, Lehre von der Tödtung S. 89—96.

Digitized by Google

preuß. StGB. v. 1851 enthält keine Vermuthung. Der Code pénal art. 309 droht da, wo auch aus Beschädigungen, welche mit Vorbedacht verübt waren, schwere Folgen entstanden, harte Strafen, und der Cassationshof ging in einer Reihe von arrêts davon aus, daß demjenigen, welcher absichtlich Verletzungen zufügt, alle Folgen zum dolus zuzurechnen seien [141]). Man erkannte dies als ungerecht [142]) und verbesserte 1832 den Code, obwohl ungenügend. Das bayer. StGB. Art. 41, 44 (oldenb. StGB. Art. 54, 57) stellt eine Vermuthung des dolus auf, indem es im Art. 41 sagt: „Wer mit dem Vorsatze, ein Verbrechen zu bewirken, eine Handlung unternommen hat, woraus ebenso leicht ein größeres, als ein geringeres Verbrechen entstehen kann, ist in Ansehung des daraus entstandenen Verbrechens als vorsätzlicher Uebelthäter zu strafen und soll mit dem Vorwande, daß seine Absicht nur auf das geringere Verbrechen gerichtet gewesen, nicht gehört werden"; und im Art. 44: „Wenn Jemand mit erwiesener Absicht eine Handlung vorgenommen hat, woraus nach allgemein bekannter Erfahrung ein bestimmter gesetzwidriger Erfolg unmittelbar und nothwendig zu entstehen pflegt, so ist anzunehmen, daß dieser Erfolg der Handlung ebenfalls beabsichtigt gewesen, wofern nicht durch klare Beweise das Gegentheil dargethan werden kann." Die Unzweckmäßigkeit und Ungerechtigkeit der hiermit und besonders im Art. 43 ganz bestimmt sanctionirten praesumtio doli hat in Bayern dazu geführt, daß diese Artikel durch Art. 8, Abs. 2 des Gesetzes v. 29. August 1848 aufgehoben worden sind. Das altenb. StGB. Art. 31 (sächs. StGB. v. 1838. Art. 31) berücksichtigt nur, daß der Thäter den Erfolg vorhersehen könne. Die Worte des Gesetzes: „oder wenn die Handlung von einer solchen Beschaffenheit war, daß der Thäter den wirklich eingetretenen Erfolg voraussehen mußte" haben in der Anwendung eine sehr verschiedene Auslegung gefunden und sich nicht gut bewährt [143]). Das sächs. StGB. v. 1855 Art. 49 hat die Ansicht, zu welcher sich die gemeinrechtliche Praxis bekennt, sanctionirt, indem es bestimmt: „Auch bei einer mit rechtswidrigem Vorsatze begangenen Handlung kann, wenn nach den Umständen eine bestimmte Grenze der Absicht anzunehmen ist, der darüber hinausgehende rechtsverletzende Erfolg, insofern nicht in den besonderen Vorschriften des zweiten Theiles wegen eines solchen Erfolges ausdrücklich eine höhere Strafe angedroht ist, nur als ein durch Unbedachtsamkeit verschuldeter in Betracht gezogen werden." Das würtemb. StGB. Art. 60 bestimmte: „Hatte Jemand einen minder strafbaren, als den eingetretenen Erfolg der Handlung beabsichtigt, so ist ihm die That, soweit sie in seiner Absicht lag, zum rechtswidrigen Vorsatze, hinsichtlich

141) Hélie, theorie Vol. V. p. 402.
142) Chauveau, Code progressif p. 282.
143) Schaffrath, Theorie des allgem. Thatbestandes S. 318. Schüler, Beitr. zur Beurtheilung des sächs. Strafgesetzb. S. 32. Weiß, Comm. zum sächs. Strafgesetzb. Bd. 1, S. 155.

Digitized by Google

des Erfolges aber, sofern die Voraussetzungen des Art. 58 (nämlich die Voraussetzungen der Strafbarkeit der Fahrlässigkeit) zutreffen, zur Fahrlässigkeit anzurechnen." Eine besondere Anwendung dieses Grundsatzes (mit Drohung besonderer Strafen) macht das würtemb. StGB. Art. 246 bei der durch vorsätzliche Körperverletzung verschuldeten Tödtung, mit Rücksicht darauf, ob der Tod als sehr wahrscheinliche Folge der Handlung (dann sind 8—20 Jahre Zuchthaus angedroht), oder als sehr unwahrscheinliche Folge (dann sollen 6 Monate bis zu 6 Jahren Gefängniß eintreten) vorherzusehen war, oder andere Fälle eintraten. Nach der Erfahrung fiel die Auslegung dieser Vorschriften sehr verschieden aus, je nachdem man die Worte: „als sehr wahrscheinliche oder sehr unwahrscheinliche Folge vorhergesehen werden mußte", mit Beziehung auf die subjective Einsicht des Thäters oder objectiv auffaßte [144]). Es ist daher der Art. 60 durch Art. 9 des Gesetzes v. 13. August 1848 aufgehoben worden. Das bad. StGB. §. 103 spricht vom Zusammentreffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit und bestimmt: „Wenn aus einer Handlung, welche auf einen bestimmten, vom Handelnden beabsichtigten Erfolg gerichtet war, ein anderer, von ihm nicht beabsichtigter Erfolg hervorging, so wird ihm die That in Bezug auf den beabsichtigten Erfolg zum Vorsatz, in Bezug auf den eingetretenen anderen Erfolg aber zur Fahrlässigkeit zugerechnet, vorausgesetzt, daß im einzelnen Falle die Bedingungen der Strafbarkeit der Fahrlässigkeit (§. 101, 102) vorhanden sind. In den Artikeln 212 und 225 wird davon die Anwendung auf die durch vorsätzliche Körperverletzung verursachte Tödtung gemacht, mit Androhung verschiedener Strafen, je nachdem der Tod als sehr wahrscheinliche Folge oder als sehr unwahrscheinliche, oder keines von beiden vorhergesehen werden konnte. Das hess. StGB. Art. 61 (nass. StGB. Art. 58) enthält dieselbe Vorschrift, wie das badische im Art. 103; jedoch enthält es besondere Strafdrohungen im besonderen Theile (Art. 185, 262—265, 267, 276, 286, 411, 420) [145]). Das hannöv. StGB. Art. 43 ließ sich zu sehr durch das bayerische leiten; es nimmt zwar die praesumtio doli überhaupt nicht an, aber wohl die gesetzliche Vermuthung, daß der Vorsatz auf den eingetretenen Erfolg gegangen sei, daher es den bayerischen Art. 44 jetzt als Art. 43 aufstellt, aber ihn verschärft, da es die im bayerischen Artikel vorkommenden Worte „unmittelbar und nothwendig" wegläßt. Art. 43 lautet so: „Ist anzunehmen, daß eine dem Strafgesetze zuwiderlaufende Handlung mit rechtswidrigem Vorsatze verübt worden, und ist dieselbe von der Beschaffenheit, daß daraus nach allgemeiner oder dem Thäter besonders bekannter Erfahrung ein bestimmter Erfolg zu entstehen pflegt, oder ebenso leicht eine größere, wie eine geringere Verletzung entstehen konnte,

144) S. Savigny, Monatsschrift Bd. 5, S. 441. Bd. 7, S. 371, vorzüglich Bd. 11, Nr. 1. Hufnagel, Comment. zum württemb. Strafgesetzb. Bd. 2, S. 48.

145) S. Breidenbach, Comm. z. hess. Strafgesetzb. Bd. 2, S. 77—86.

Digitized by Google

so ist nicht minder anzunehmen, daß der Thäter den eingetretenen Erfolg beabsichtigt habe, sofern nicht aus den Umständen sich mit Gewißheit oder hoher Wahrscheinlichkeit ergiebt, daß seine Absicht bestimmt und ausschließlich auf einen anderen strafbaren Erfolg gerichtet war." Der Art. 44 des hannöv. StGB. bestimmt: „Wenn nach den vorstehenden Bestimmungen anzunehmen ist, daß der Thäter nur einen minder strafbaren, als den eingetretenen Erfolg seiner verbrecherischen Handlung beabsichtigt habe, so ist ihm die That, insoweit sie in seiner Absicht gegründet war, zum rechtswidrigen Vorsatze, hinsichtlich des eingetretenen Erfolges aber zur Fahrlässigkeit anzurechnen"[146]). Das braunschw. StGB. §. 28 erklärt, daß der eingetretene nicht mit beabsichtigte, sowie der durch eine nicht mit beabsichtigte Wirkung zufällig hervorgebrachte strafbare Erfolg nicht zum Vorsatze, sondern zur Fahrlässigkeit zuzurechnen sei. Das thüring. StGB. Art. 30 bestimmt: „Ist bei einer vorsätzlichen Uebertretung an der Stelle der beabsichtigten Rechtsverletzung eine andere nicht mit beabsichtigte eingetreten, oder zu der beabsichtigten noch eine nicht beabsichtigte hinzugetreten, so kann die nicht beabsichtigt gewesene Verletzung nur zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden."

V. Von den Gründen der relativen Strafbarkeit[147]). A. Bei Anwendung einzelner Gesetze. 1) Bei Anwendung bestimmter Strafgesetze. Bei bestimmten Strafgesetzen, wo der Gesetzgeber selbst, nach eigener Beurtheilung des Grades der Strafbarkeit der Handlung im allgemeinen (in abstracto), ein bestimmtes Strafübel mit einer bestimmten Handlung nothwendig verbunden hat, kann die Größe der Strafbarkeit der unter demselben stehenden Handlung lediglich durch das Gesetz, nicht nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden. Wenn daher die gesetzlich bestimmten Merkmale des Verbrechens im besonderen vorhanden sind, auch keine höheren rechtlichen Gründe existiren, welche die Nothwendigkeit einer Ausnahme von diesem Gesetze bestimmen, so tritt die gesetzliche Strafe unverändert und nothwendig ein. Sind aber rechtliche Gründe vorhanden, welche das bestimmte Strafgesetz als Princip der Beurtheilung der Strafbarkeit bei einer Handlung ausschließen, an welcher sich die gesetzlichen Merkmale finden; so entsteht die Nothwendigkeit einer Strafänderung. Diese ist die Bestimmung einer der Größe nach von dem gesetzlich bestimmten Strafübel verschiedene Strafe für einen unter dem Gesetze enthaltenen Fall und ist entweder Strafschärfung (exasperatio poenae) oder Strafmilderung (mitigatio poenae). Bei der Lehre von dem richterlichen Milderungsrechte unterscheidet die Wissen-

146) Leonhardt, Comm. z. hannöv. Strafgesetzb. Bd. 1, S. 215.

147) Was hier ferner noch erörtert werden soll, ist in dem Artikel Verbrechen Bd. XII, S. 154 flg. berührt; es erschien aber doch angemessen, diesen Gegenstand nachträglich weiter auszuführen und namentlich die neueren Gesetzgebungen dabei mit zu berücksichtigen.

Digitized by Google

schaft und die Gesetzgebung in neuerer Zeit die Ausdrücke Milderungsgrund und Minderungsgrund. Milderungsgrund ist derjenige, aus welchem der Richter zum Vortheile des Angeschuldigten, auch wenn eine absolut bestimmte Strafe gedroht ist, eine geringere, und bei relativ unbestimmten Strafgesetzen die Strafe unter das geringste Maaß der gesetzlich gedrohten Strafe herabzusetzen befugt ist. Minderungsgrund ist derjenige, welcher bei Ausmessung der Strafe im Falle absolut oder relativ unbestimmter Strafgesetze innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes in Betracht kommt und das richterliche Ermessen bestimmt, die Strafbarkeit als vermindert zu betrachten und darnach die Strafe für den Angeschuldigten milder auszumessen. Dieser Sprachgebrauch ist zwar von Manchen getadelt worden [148]); man hat ihn jedoch in die neuere Rechtsübung aufgenommen [149]). Die Frage hängt mit einer wichtigen Gesetzgebungsfrage zusammen, nämlich mit der, ob absolute Strafgesetze beibehalten werden sollen. Die Beibehaltung derselben beruht auf einer Inconsequenz [150]). Auch ist die Annahme irrig, daß die Strafschärfungs- und Milderungsgründe eine andere rechtliche Natur ihrer inneren Beschaffenheit nach haben, als die Straferhöhungs- und Minderungsgründe, so daß man zuletzt dazu kommt, anzunehmen, daß bei einigen Verbrechen dieselben Umstände, welche die Schuld modificiren und den Richter berechtigen, z. B. in einem Falle sechs Monate, und in einem anderen zehn Jahre bei demselben Verbrechen zu erkennen, bei anderen Verbrechen gar keinen rechtlichen Einfluß haben sollen. Eine solche Ansicht würde die Forderungen der Gerechtigkeit verletzen. Die nämlichen Zumessungsgründe müssen den Richter bei allen Verbrechen leiten; die Gesetzgebung muß aber prüfen, ob wegen der größeren Intensität einzelner Gründe, welche nach ihrer Stärke die Verschuldung bedeutend vermindern oder erhöhen, nicht die Richter ermächtigt werden sollen, auch über die Grenzen des relativ unbestimmten Strafgesetzes die Strafe im einzelnen Falle zu steigern oder zu vermindern. Die Ansichten über Milderungsrecht des Richters sind in früherer Zeit durch die irrigen Vorstellungen von Freiheit und durch die Ansicht, daß Alles, was die Freiheit vermindere, auch die Zurechnung mindere und so ein Milderungsgrund sei, sowie durch das Streben, von dem alten Gesetze, welches harte Strafen drohte, abzuweichen, verdorben worden. In dieser Beziehung hat Feuerbach insofern verdienstlich gewirkt, als er die Grundlosigkeit der alten Freiheitstheorie gezeigt und das Ansehen und die Kraft des Strafgesetzes, sowie die Stellung des Richters zu dem Gesetze eingeschärft hat, da es dem Richter nicht verstattet sein kann, willkürlich vom Gesetze abzuweichen, weil ihm dasselbe nicht zweckmäßig

148) Z. B. von Treffurt im Archiv des Criminalr. N. F. 1838 S. 414.

149) S. Hepp, Theorie der Zurechnung S. 40. Hufnagel, Comm. zum württemb. Strafgesetzb. Bd. 1, S. 202. Krug, Studien zum sächs. Criminalgesetzb. Bd. 1, S. 124.

150) Mittermaier Note l zu Feuerbach §. 94.

ſcheint. Auf der anderen Seite kam aber Feuerbach in Folge ſeiner pſychologiſchen Zwangstheorie zum Extrem, indem er von der Beſtimmung der im Geſetze gedrohten Strafen zu viel Heil erwartete und das unentbehrliche richterliche Ermeſſen mit verderblicher Willkür verwechſelte. In der Conſequenz ſeiner Theorie hätte Feuerbach keine anderen, als abſolute Strafgeſetze, zugeben dürfen, bei der Abfaſſung des bayeriſchen Strafgeſetzbuches hatte er der beſſeren Anſicht ſchon einige Rechnung getragen; allein es wurden nur vier allgemeine Milderungsgründe angenommen; viele abſolute Strafgeſetze kamen vor und die Strafgrenzen bei den relativ unbeſtimmten Strafen ſind zu eng geſteckt. In dem von ihm zurückgelaſſenen Entwurfe gab er ſchon den Forderungen der fortgeſchrittenen neueren Anſichten Gehör, indem er Tit. V. Art. 7 das Recht der Gerichte, Strafe zu mildern, geſtattete, und zwar: 1) wenn einer der im Tit. IV. Art. 13 und 14 (Aufhebungsgründe der Zurechnung) bezeichneten Urſachen oder Zuſtände zwar nicht vollkommen von aller Zurechnung ausſchließt, jedoch in hohem Grade vorhanden iſt; 2) wenn im ungewöhnlichen Falle ſo viele und ſtarke mildernde Gründe zuſammentreffen, daß die geſetzliche Strafe mit der Schuld des Thäters außer Verhältniß erſcheint. — In dem gemeinen teutſchen Criminalrechte führte der Umſtand, daß dem Richter keine vollſtändige Strafgeſetzgebung vorlag und daß er erſt aus den verſchiedenen unter den verſchiedenartigſten Verhältniſſen entſtandenen geſetzlichen Normen ein Ganzes machen mußte, den Richter zu einer ſehr unbeſtimmten Stellung. Die Betrachtung des Geiſtes der einzelnen Quellen des gemeinen Rechtes lehrt aber überall, daß dem Ermeſſen des Richters ein großer Raum verſtattet werden muß. Im römiſchen Rechte war es zu den Zeiten der Kaiſer, nachdem die alten leges in Verfall gerathen waren, anerkannt, daß auch die Richter nach den Umſtänden des einzelnen Falles die Strafe ausſprechen und die geſetzliche Strafe mildern durften [151]). Die Ausſprüche der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V. ſind nicht wie Geſetze, welche in einem vollſtändigen Strafgeſetzbuche vorkommen, zu betrachten; die peinliche Gerichtsordnung verweiſt ſelbſt überall auf das Ermeſſen der Schöffen [152]), und der Art. 179 dieſes Geſetzes erkennt durch die Worte: „das ſoll mit allen Umſtänden... darin gehandelt und geſtraft werden" ſelbſt an, daß da, wo der Richter die Zurechnung zwar überhaupt begründet, aber nicht vollkommen vorhanden findet, er zwar ſtrafen, aber geringer ſtrafen dürfe. Sobald ſich daher Gründe ergeben, welche, wenn ſie in der höchſten Wirkſamkeit vorhanden wären, die Zurechnung aufheben würden, in dem einzelnen Falle aber nur in geringerem Grade vorhanden ſind und daher die Zu-

151) Besserer, Diss. de mitigatione poenarum iuris criminalis Romanorum. Heidelb. 1827. Birnbaum im N. Archiv des Criminalr. Bd. 13, S. 553, 570. Geib, Geſch. des röm. Criminalproc. S. 658.

152) Mittermaier, über den neueſten Zuſtand der Criminalgeſetzgebung S. 70—89.

Digitized by Google

rechnung vermindern, das zur Zurechnung nöthige Bewußtsein trüben, z. B. geringerer Grad der Trunkenheit, niederer Grad des Blödsinnes, Taubstummheit u. a., so ist auch der Richter durch das Gesetz ermächtigt, einen Milderungsgrund anzunehmen[153]). Das Wesen der verminderten Zurechnung wird häufig irrig aufgefaßt und so der Milderungsgrund in Abrede gestellt, weil man glaubt, daß die Vertheidiger dieses Grundes Grade des verbrecherischen Willens oder der Freiheit annehmen, was nicht der Fall ist. Es ist aber nicht zu bezweifeln, daß das Bewußtsein getrübt und so die Fähigkeit, das Unrecht einer That einzusehen, gemindert sein könne, daß die Voraussetzungen, welche der Gesetzgeber bei Androhung seiner Strafen in Bezug auf die freie Willensbestimmung hatte, in einem Falle nicht eintreten[154]). — Die oben aufgestellte Unterscheidung von Minderungsgründen und Milderungsgründen scheint auch in den neueren Gesetzgebungen angenommen zu werden, obwohl sie oft nicht klar genug durchgeführt ist. Das österreich. StGB. Hauptst. 4 spricht von Milderungsumständen, welche sowohl auf die Person des Thäters Beziehung haben, als in Rücksicht auf die Beschaffenheit der That ihren Grund haben können (§. 46, 47). Das preuß. StGB. Tit. 4 spricht von Gründen, welche die Strafe mildern. Im bayer. StGB. wird Art. 90—95 nur von Minderung der Strafe bei den unbestimmten Strafgesetzen und erst vom Art. 97 an von den Milderungsgründen gesprochen, nach welchen der Richter von der ordentlichen Strafe zum Vortheile des Angeschuldigten abgehen kann. Das sächs. StGB. spricht im Cap. 6 von Art. 73 an von der Zumessung der Strafe, und dann im Cap. 7 von den Gründen, welche die Zurechnung ausschließen oder mindern. Die verminderte Zurechnungsfähigkeit wird im Art. 58 ein Milderungsgrund genannt, dann im Art. 90 von der Jugend als Milderungsgrund gesprochen. Das altenb. StGB. Art. 62 u. 64 spricht von Milderung im obigen Sinne. Das württemb. StGB. vermeidet den Gebrauch dieser Ausdrücke, spricht jedoch im Art. 110 von verminderter Strafbarkeit. Das bad. StGB. spricht im Art. 152 von Strafminderungsgründen und im Art. 153 von Strafmilderung. Das hess. StGB. Art. 114 redet von der Milderung der Strafe und in den Art. 118—121 werden die Zumessungsgründe bei den unbestimmten Strafgesetzen angegeben. Das hannöv. StGB. Art. 91—94 handelt von den Zumessungsgründen und dabei von der Minderung der Strafbarkeit und Art. 98 von den Milderungsgründen. Das braunschw. StGB. spricht im Tit. 6 von den Gründen der Erhöhung oder Herabsetzung der auf die Uebertretung gesetzten Strafen; dann im Tit. 7 von den Gründen der Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes, wo von Minderungsgründen die Rede ist.

153) Mittermaier Note II zu Feuerbach §. 94 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

154) Köstlin, Revision S. 139. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung Bd. 1, S. 270.

Digitized by Google

Es unterscheidet Strafherabsetzungsgründe, als welche verminderte Zurechnungsfähigkeit und unverschuldete Haft angeführt werden (§. 60, 61) und Strafminderungsgründe, von welchen im §. 66 gehandelt wird. Das thüring. StGB. spricht im Cap. 6 von Milderung der Strafe, namentlich im Art. 58 von Strafmilderung wegen jugendlichen Alters und im Art. 59 von Milderung wegen Verstandesschwäche. — Das Bedürfniß, die Strafe auf eine gerechte Weise mit der Verschuldung des Verbrechens in dem einzelnen Falle in Verhältniß zu setzen und die Eintritte der außerdem eintretenden Nothwendigkeit vieler Begnadigungen, haben verschiedene Systeme der Gesetzgebung veranlaßt und zwar folgende: 1) Man gab alle absoluten Strafdrohungen auf und setzte kein geringstes Strafmaaß, setzte daher dem Richter in Beziehung auf die Herabsetzung der Strafe keine Grenze. Dieses System wurde 1814 in Genf durch ein Gesetz eingeführt, indem man den französischen Code pénal beibehielt, aber den Richter ermächtigte, ohne Rücksicht auf das gesetzliche geringste Strafmaaß die Strafe zu bestimmen [155]). 2) Ein anderes System giebt den Richtern (oder Geschworenen) überhaupt das Recht, wegen Milderungsgründen (ohne Beziehung derselben) von dem geringsten Strafmaaße oder der absolut gedrohten Strafe abzugehen. Dies war in Frankreich schon im Code pénal den correctionellen Richtern durch Art. 463 verstattet; die Härte der Strafen des Code, die häufigen Lossprechungen durch die Geschworenen führten zu dem Gesetze v. 25. Juni 1824, wodurch den Geschworenen das Recht, Milderungsgründe anzunehmen, bei einigen Verbrechen verstattet wurde. Erst 1832 wurde den Geschworenen überhaupt das Recht eingeräumt, ihrem Ausspruche der Schuld beizufügen, daß Milderungsgründe vorhanden wären und dadurch den Richter zu verpflichten, statt der ordentlichen Strafe auf eine geringere (nach der im Gesetze angegebenen Stufenfolge) zu erkennen [156]). Dieses System führte zu neuen Mißbräuchen und daher sind in Frankreich die Stimmen über den Werth dieser Einrichtung sehr getheilt [157]). Eine Erweiterung dieses Systems ist das in Genf durch ein Gesetz von 1843 den Geschworenen gegebene Recht, nicht blos das Dasein von circonstances attenuantes, sondern auch circonstances très attenuantes auszusprechen, wo dann im letzteren Falle die Richter bis auf die Losgebung die Strafe herabsetzen können [158]).

---

155) Ueber die Ergebnisse der Anwendung dieses Gesetzes siehe Mittermaier in der Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. RW. des Ausl. Bd. 16, S. 363. Bd. 19, S. 217.

156) Vgl. Archiv des Criminalrechtes Bd. 13, S. 340, 344. Archiv N. F. 1836 S. 9. Chauveau, Code progressif p. 33. 348. Haas, observat. sur le projet de revision T. I. p. 50—57.

157) Nachweisungen über die Erfahrungen giebt Mittermaier, die Strafgesetzgebung Bd. 1, S. 112—114, 264. Bd. 2, S. 249. S. auch desselben Note V zu Feuerbach §. 94.

158) Vgl. Mittermaier in der Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. RW. des Ausl. Bd. 18, S. 137. Cherbuliez ebd. Bd. 19, S. 219.

Digitized by Google

3) Eine andere Einrichtung ist, daß da, wo wegen der Wichtigkeit und Menge der mildernden Umstände die gesetzlich gedrohte Strafe, oder bei relativ unbestimmten Strafen das geringste Strafmaaß im Mißverhältniß zu der Größe der Verschuldung zu stehen scheint, der Richter unter das geringste Strafmaaß herabgehen darf. Dieses war im hannöverschen Entwurfe Art. 112 vorgeschlagen [159]) und ist gesetzlich bestimmt in dem luzerner StGB. Art. 79 [160]). Hat das Strafgesetzbuch überhaupt niedrige geringste Strafmaaße und ist auf Gerechtigkeit gebaut, so kann eine solche Vorschrift entbehrt werden. Das braunschw. StGB. §. 62 ermächtigt die Gerichte, wenn so viele und so wichtige Strafherabsetzungsgründe oder in dem §. 66 aufgeführte Strafminderungsgründe, besonders solche, welche die Zurechnungsfähigkeit und die Bösartigkeit des Thäters vermindern, zusammentreffen, daß nach richterlichem Ermessen selbst die geringste der That angedrohte Strafe mit deren Strafbarkeit nicht im richtigen Verhältniß stände, nicht nur bis auf die geringste außerordentliche Dauer der zu erkennenden Strafen herabzugehen, sondern auch auf die zunächst folgende geringere Strafart bis zu deren längster außerordentlicher Dauer zu erkennen und zwar statt Todesstrafe lebenslängliche oder zeitliche Kettenstrafe bis von jener Dauer, wenn die Strafherabsetzungsgründe oder Minderungsgründe in einem Falle zusammentreffen, welcher schon mit der geringsten außerordentlichen Dauer der zu erkennenden Strafart bedroht oder durch die ganz ungewöhnliche Zahl und Wichtigkeit der Minderungsgründe die geringere Strafart gerechtfertigt ist. Das hannöv. Militärstrafgesetzbuch v. 1. Januar 1841 §. 12 giebt den Militärgerichten dasselbe Recht. Ein außerordentliches Milderungsrecht der Gerichte erkennt das österreich. StGB. §. 54 bei Verbrechen insoweit an, als bei solchen, für welche die Strafzeit nicht über fünf Jahre bestimmt ist, sowohl der Kerker in einen gelinderen Grad verändert, als die gesetzliche Dauer selbst unter sechs Monate verkürzt werden kann, in dem Falle, daß mehrere und zwar solche Milderungsumstände zusammentreffen, welche mit Grund die Besserung des Verbrechers erwarten lassen. Bei Vergehen oder Uebertretungen sind nach §. 266 die Gerichte in demselben Falle ermächtigt, sowohl den Arrest in einen gelinderen Grad zu verändern, als auch die gesetzliche Strafe unter den geringsten Strafsatz herabzusetzen. Desgleichen soll nach §. 55 bei Verbrechen, deren Strafe nach dem Gesetze nicht

159) S. Bauer, Anmerk. zum hannöv. Entw. Bd. 1, S. 269, 270 und Vergleichung des ursprünglichen Entwurfes S. 42. Ueber die Ständeverhandlungen Freudentheil im Archiv des Criminalr. 1839 S. 88.

160) Gründe für diese Bestimmung bei Bauer a. a. O. Mittermaier, über den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung S. 81 und im Archiv des Criminalrechtes Bd. 14, S. 277. Kitka im Archiv des Criminalr. 1836 S. 624. Dagegen Gönner, Motive zum bayerischen Entwurfe S. 176—201. Hepp, Theorie der Zurechnung S. 45 vgl. mit Mittermaier im Archiv des Criminalrechtes N. F. 1835 S. 545. v. Preuschen, die Gerechtigkeitstheorie Bd. 2, S. 25.

Digitized by Google

über 5 Jahre zu dauern hätte, auf die schuldlose Familie zurückgesehen werden, dergestalt, daß, sofern für dieselbe durch die längere Dauer der Strafe in ihrem Erwerbungsstande wichtiger Schade entstände, die Strafdauer selbst unter 6 Monate abgekürzt werden kann, jedoch nur in der Weise, daß die längere Dauer der Kerkerstrafe durch eine oder mehrere der im §. 19 aufgezählten Verschärfungen ersetzt wird. 4) Ein anderes System beschränkt die Ermächtigung für den Richter zur Milderung auf gesetzlich bestimmte Fälle: a) entweder durch Bezeichnung gewisser Milderungsgründe bei den einzelnen Verbrechen, z. B. Provocation bei der Tödtung — dies ist das System der meisten neuen Strafgesetzbücher — oder b) durch Ermächtigung in gewissen Fällen von der Todesstrafe abzuweichen, z. B. nach dem baseler Strafgesetzb. §. 43, 46, 95, 105, 155, 165. 5) Ein anderes System ist das des hannöv. Strafgesetzb. Art. 97, welches in dem Falle, wenn wegen Menge und Wichtigkeit zusammentreffender mildernder Umstände selbst der geringste Grad der gesetzlichen Strafe mit dem Grade der Strafbarkeit des besonderen Falles in keinem Verhältnisse stehen würde, die Gerichte zwar nicht ermächtigt, unter das niedrigste gesetzliche Strafmaaß herabzugehen, aber verpflichtet, Strafmilderung im Wege der Gnade zu beantragen. 6) Das letzte System ist, daß das Gesetz Milderung wegen verminderter Zurechnung gestattet[161]). Dieses System ist selbst wieder verschieden. a) Einige Strafgesetzbücher bezeichnen die Zustände, bei welcher geminderte Zurechnung wirken darf. Das württemberg. Strafgesetzb. §. 98 bestimmt: „Wird eine gesetzwidrige Handlung von Personen begangen, bei welchen zwar der Vernunftgebrauch nicht völlig aufgehoben ist, jedoch ein so hoher Grad von Blödsinn oder Verstandesschwäche sich zeigt, daß die gesetzliche Strafe auch in ihrem geringsten Maaße im Mißverhältniß zu der Verschuldung stehen würde, so haben die Gerichte die Strafe unter diesem Maaße festzusetzen. Kann dies innerhalb derselben Strafe nicht mehr bewirkt werden, so ist zu der nächstfolgenden niedrigeren Strafart herabzusteigen. Bei einem todeswürdigen Verbrechen ist solchenfalls auf zeitliches Zuchthaus zu erkennen." Der Art. 110 bezeichnet besonders die Fälle, wenn der Thäter wegen Mangels an Unterricht, aus natürlicher Schwäche des Verstandes oder wegen Trunkenheit, sofern diese die Zurechnung nicht völlig aufhebt, den ganzen Umfang der Gefährlichkeit und die Größe der Strafwürdigkeit seiner Handlung nicht eingesehen hat. Das hannöv. Strafgesetzbuch Art. 94 sieht die Strafbarkeit als gemindert an, wenn der Verbrecher wegen Mangels an Unterricht, wegen gänzlich vernachlässigter Erziehung, oder weil er unter Verbrechern aufgewachsen ist, oder aus natürlicher Schwäche des Verstandes

161) Das Milderungsrecht wegen verminderter Zurechnung ist bestritten worden von Oersted, Prüfung des bayer. Entwurfes S. 222. Hepp, Theorie der Zurechnung S. 49. Dafür erklären sich Gönner, Motive S. 172. Hermann, zum sächs. Entwurf S. 116.

oder aus einem die Zurechnung nicht ganz aufhebenden Gemüthsgebrechen, den vollen Umfang der Gefährlichkeit und die Größe der Strafwürdigkeit seiner Handlung nicht eingesehen hat. Das thüring. Strafgesetzbuch Art. 59 ermächtigt den Richter, bei Personen, welchen zwar kein völliger Mangel des Vernunftgebrauches, aber doch ein so hoher Grad von Verstandesschwäche beizumessen ist, daß die Anwendung der in dem Gesetze gedrohten Strafe im Mißverhältniß mit ihrer Verschuldung stehen würde, ingleichen bei Personen, welche an einer theilweisen Seelenkrankheit leiden, die mit den in Frage stehenden Verbrechen nicht im Zusammenhange steht, nach Befinden unter die gesetzliche Strafart und Strafdauer herabzugehen. b) In anderen Gesetzbüchern ist überhaupt erklärt, daß da, wo die Gründe, welche in ihrer höchsten Stärke die Zurechnung aufheben, in einem geringeren Grade vorhanden sind, die Gerichte die Strafe mildern können. Dies ist umfassend in dem sardin. Strafgesetzb. Art. 100 geschehen. Das bad. Strafgesetzb. §. 153, Nr. 2 läßt Strafmilderung zu durch diejenigen Zustände, welche nach §. 71, 75, 81 und 82 (also alle Zustände, welche das Bewußtsein oder die Willkür ausschließen, letzteres im Nothstande und Zwange) bei dem Dasein des dort vorausgesetzten Grades alle Zurechnung ausschließen, insofern sie im einzelnen Falle diesem Grade nahe kommen. Das thurgau. Strafgesetzb. §. 71 hat die Fassung: wenn sie im geringeren Grade vorhanden sind. Das hess. Strafgesetzb. Art. 114, Nr. 2 nimmt die Milderung nur an, wenn die Zustände, welche nach Art. 37, Nr. 2, 3 (als Taubstummheit und Zustände, welche das Bewußtsein der Strafbarkeit der That aufheben, wie Schlaf, Nachtwandeln, Wahnsinn, völliger Blödsinn, Raserei, Verrücktheit, vorübergehende gänzliche Verwirrung der Sinne oder des Verstandes) bei dem Dasein des dort vorausgesetzten Grades gänzliche Strafloſigkeit bewirken, insofern sie im einzelnen Falle im geringeren, aber doch so hohem Grade vorhanden sind, daß die gesetzliche Strafe auch in ihrem geringsten Maaße im Mißverhältniß mit der Verschuldung stehen würde. Das nass. Strafgesetzb. Art. 112 schließt sich dem hessischen an, rechnet aber zu den hier zu berücksichtigenden Zuständen noch Gewalt und Zwang. Das sächs. Strafgesetzbuch Art. 88 will, wenn Zustände oder Voraussetzungen, welche an die im Art. 87 gedachten angrenzen (also Zustände, worin die Fähigkeit der Selbstbestimmung aufgehoben ist), vorhanden sind, ohne daß die Fähigkeit der Selbstbestimmung dadurch gänzlich ausgeschlossen erscheint, dafern nicht der Verbrecher sich absichtlich, um das Verbrechen zu begehen, in einen solchen Zustand versetzt hat, verminderte Zurechnungsfähigkeit angenommen wissen, und es hat demgemäß der Richter höchstens auf die Hälfte der ohne diesen Milderungsgrund verwirkten Strafe zu erkennen. Dieselbe Bestimmung soll nach Art. 96 eintreten, wenn Umstände vorliegen, welche an die in den Art. 91, 92, 93, 94 gedachten angrenzen, ohne daß jedoch ein wirklicher Zustand der Nothwehr, eine wirkliche echte Noth, ein wirklicher

Digitized by Google

unwiderstehlicher Zwang oder ein völlig entschuldigender Befehl anzunehmen wäre. Nach Art. 97 tritt dieselbe Bestimmung ein, wenn Jemand in einem wirklichen Zustande der Nothwehr, der echten Noth oder der erlaubten Selbsthilfe zwar die gesetzlichen Grenzen überschritten hat, dabei jedoch angenommen werden kann, daß er unter dem Einflusse der durch jene Zustände herbeigeführten Gemüthserregung gehandelt habe. Von dem thüring. Strafgesetzbuche gehört der bereits unter a. angeführte Art. 59 hierher, sowie ferner Art. 67, welcher die Ueberschreitung der Grenzen der erlaubten Vertheidigung mit geringerer Strafe, als die begangene Rechtsverletzung ohne Zusammentreffen mit der Vertheidigung zur Folge haben würde, belegt wissen will, und den Richter ermächtigt, unter Berücksichtigung der Größe der Verletzung, der eigenthümlichen Lage des Angegriffenen, der Persönlichkeit desselben und des Angreifenden und der sonst obwaltenden Umstände, die Strafe nach seinem Ermessen zu bestimmen, ohne rücksichtlich der Strafart und Strafgröße durch einen geringsten Satz beschränkt zu sein. c) Manche Gesetzbücher, z. B. das altenburg. Strafgesetzb. Art. 64, lassen nur bei den mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen, wenn solche von Personen begangen werden, bei denen sich zwar kein völliger Mangel des Vernunftgebrauches, jedoch ein so hoher Grad von Blödsinn oder Verstandesschwäche zeigt, daß die gesetzliche Strafe im Mißverhältniß mit der Verschuldung stehen würde, Milderung zu, so daß statt der Todesstrafe auf eine andere Strafe zu erkennen ist[162]). — Auf ähnliche Weise, wie oben bei den Milderungsgründen, muß man die Strafschärfungsgründe von den Straferhöhungsgründen trennen. Zu den Strafschärfungsgründen gehören diejenigen Gründe, welche den Richter berechtigen, eine höhere Strafe auszusprechen, als das absolut bestimmte Strafgesetz droht oder das gesetzlich gedrohte höchste Strafmaaß beträgt. Zu den Straferhöhungsgründen gehören diejenigen Gründe, welche bei Ausmessung der Strafe im Falle der unbestimmten Strafgesetze den Richter berechtigen, eine erhöhte Strafbarkeit anzunehmen und darnach eine höhere Strafe, welche mehr dem gesetzlichen höchsten Strafmaaße sich nähert, oder selbst dieses auszusprechen. Ein richterliches Schärfungsrecht kann nur geübt werden, wenn ein Gesetz ausdrücklich den Richter ermächtigt, eine höhere Strafe anzuwenden; hier kann man nicht von einer erhöhten Zurechnung sprechen; auch ist der Satz[163]) nicht zu billigen, daß das Gesetz nur das Gewöhnliche berücksichtige, und daß daher jede Eigenschaft des Verbrechens, welche der Gesetzgeber nicht berücksichtigte, die aber die Strafbarkeit vermehrt, ein Schärfungsgrund sei.

---

162) Diese Bestimmung des altenb. StGB. (sächs. StGB. v. 1838) wird als zu eng und ungenügend bezeichnet von Schüler, Beitr. zum sächs. Strafgesetzb. S. 46. Mittermaier im Archiv des Criminalr. 1838 S. 339. Vgl. auch Held in den N. Jahrb. f. sächs. Strafr. Bd. 3, S. 151.

163) Z. B. bei Tittmann, Handb. der Strafrechtswissenschaft Bd. 1, S. 227.

Digitized by Google

Ein ſolches, dem Richter ohne Geſetz zu geſtattendes Schärfungsrecht würde ſehr gefährlich ſein. Wenn auch ein Geſetz bei einem einzelnen Verbrechen erklärt, daß es wegen der Häufigkeit der Verbrechen eine härtere Strafe gedroht habe, ſo berechtigt dies doch nicht den Richter, wegen des Daſeins ſolcher Gründe bei anderen Verbrechen eine Schärfung eintreten zu laſſen[164]). In den neuen Strafgeſetzbüchern kommt auf dieſelbe Art, wie nach dem vorher Bemerkten Strafminderung und Strafmilderung gebraucht wird, auch Straferhöhung und Strafſchärfung vor. Das bayeriſche Strafgeſetzbuch ſpricht nur bei Zuſammenfluß der Verbrechen und bei dem Rückfalle von Strafvermehrung (Art. 108—117). Das württemberg. Strafgeſetzbuch ſpricht im Art. 109 vom Steigen der Strafbarkeit, inſofern von relativ unbeſtimmten Strafgeſetzen die Rede iſt, im Art. 112 von erſchwerenden Umſtänden, von Schärfung aber im Art. 16, 17, 19 nur bei Anwendung gewiſſer die Intenſivität der Freiheitsſtrafe vermehrenden Mitteln. Das preußiſche Strafgeſetzbuch §. 58, 60 ſpricht von Straferhöhung wegen Rückfalles. Das ſächſ. Strafgeſetzbuch ſpricht im Art. 12, 14 von Schärfungen der Zuchthausſtrafe, im Art. 16 von ſolchen bei der Arbeitshausſtrafe, im Art. 18 bei der Gefängnißſtrafe; von Straferhöhung bei dem Zuſammentreffen von Verbrechen (Art. 78, 80, 81) und bei dem Rückfalle (Art. 82 flg.). Das badiſche Strafgeſetzbuch §. 151 redet von Straferhöhungsgründen bei unbeſtimmten Strafgeſetzen, ſowie auch im §. 187 von Straferhöhung wegen Rückfalles. Das hannöv. Strafgeſetzbuch ſpricht im Art. 114 von Strafſchärfung wegen Rückfalles, und im Art. 92, 93 vom Steigen der Strafbarkeit rückſichtlich der Gefährlichkeit der Handlung an ſich und in Beziehung auf die Gefährlichkeit des geſetzwidrigen Willens. Im heſſ. Strafgeſetzb. Art. 99 wird bei dem Rückfalle von der Verlängerung der Strafe und der Schärfung derſelben durch Zuſätze geſprochen; im Art. 120 iſt vom Steigen der Strafbarkeit durch die Bösartigkeit und Stärke des auf die Hervorbringung des Verbrechens gerichteten Willens die Rede. Das braunſchw. Strafgeſetzb. Tit. VI ſpricht von Gründen der Erhöhung der Strafen bei dem Zuſammentreffen von Verbrechen und bei dem Rückfalle. Das altenburg. Strafgeſetzb. Art. 58 ſpricht in der Ueberſchrift des Artikels von Schärfung verwirkter Strafen wegen Rückfalles, im Contexte von angemeſſener Erhöhung der Strafe. Das thüring. Strafgeſetzb. Cap. VI ſpricht von Erhöhung der Strafen. — Als ein rechtlicher allgemeiner Milderungsgrund wurde von manchen Criminaliſten[165]) der Mangel am Thatbeſtande betrachtet, wenn nämlich die zum Weſen des Verbrechens gehörende Rechtsverletzung zum Theil vollzogen, jedoch die eine oder

164) Heffter, Criminalr. §. 100, 101. Bauer, Criminalrecht §. 144 (welcher jedoch im §. 45 nicht zu billigende Ausnahmen macht). Abegg, Criminalrecht §. 165. Mittermaier Note l zu Feuerbach §. 96.

165) Z. B. von Feuerbach, Lehrb. §. 97.

Digitized by Google

andere strafbare Eigenschaft, welche noch zum vollständigen Begriffe des Verbrechens gehört, entweder erweislich nicht vorhanden oder rechtlich ungewiß ist. Beispiele, welche Feuerbach anführt, sind, wenn Jemand, um eine Person zu berauben, dieselbe schlägt, knebelt, verwundet, aber nichts findet, was er nehmen könnte; wenn Jemand zur Befriedigung der Geschlechtslust ein Mädchen thätlich überwältigt, von ihr den Beischlaf erzwingt und etwa nur die immissio seminis zweifelhaft ist; wenn eine Weibsperson, um ihr lebendig geborenes lebensfähiges Kind zu tödten, dasselbe körperlich mißhandelt und gefährlich verletzt hat, aber doch zweifelhaft ist, ob das Kind an jenen Verletzungen gestorben ist. Mit Grund haben sich jedoch die neueren Criminalisten gegen diesen Milderungsgrund erklärt [166]). Die angeführten Beispiele vermögen nichts zu beweisen; in dem ersten Beispiele ist kein Mangel am Thatbestande, sondern entweder nächster Versuch oder vollendeter Raub vorhanden, je nachdem man zur Vollendung des Raubes die Wegnahme einer Sache verlangt oder nicht. Im zweiten Beispiele liegt der Irrthum darin, daß zur Vollendung der Nothzucht die immissio seminis verlangt wird; im dritten Beispiele ist Versuch des Mordes vorhanden. Nicht genügend ist die von Manchen [167]) angegebene Rücksicht darauf, ob essentialia oder naturalia delicti fehlen. Es ist nur zu prüfen, ob das fehlende oder ungewisse (denn juristisch steht das Ungewisse dem Fehlenden gleich) Merkmal überhaupt zum Thatbestande des Verbrechens gehört, so daß ohne dasselbe gar nicht der Grund der Strafbarkeit existirt, oder ob es zu einer gewissen Art des Verbrechens gehört, während die Merkmale der Gattung vorhanden sind, oder ob die Vollendung des Verbrechens durch das Merkmal bestimmt wird [168]). Sobald man den Mangel am Thatbestande als Milderungsgrund darstellt, kommt man zu Verdachts- oder außerordentlichen Strafen. Die Ansicht Feuerbach's war in das bayer. Strafgesetzb. Art. 106 übergegangen, welcher bestimmte, daß, wenn zwar ein Verbrechen gegen die beschuldigte Person rechtlich erwiesen, jedoch der Thatbestand in dem einen oder anderen wesentlichen Punkte ungewiß oder mangelhaft ist, eine geringere Strafe als die gesetzliche in Anwendung gebracht werden soll, und zwar nach Verhältniß der Wichtigkeit und Zahl der zur vollen gesetzlichen Strafe erforderlichen, aber in dem besonderen Falle nicht erwiesenen rechtlichen Voraussetzungen. Schon in dem oldenb. Strafgesetzbuche von 1814 war dieser Artikel weggelassen worden. Die Vorschrift des Art. 106 bewährte sich in Bayern nicht [169]). In dem baye-

---

166) Mittermaier im N. Archiv des Criminalrechtes Bd. 3, Nr. 16. Birnbaum im Archiv des Criminalr. Bd. 13, S. 569 u. A.

167) So Roßhirt, Entwickelung der Grundsätze des Strafrechtes S. 59.

168) Vgl. Mittermaier Note I zu Feuerbach §. 97. Ueber das Verhältniß des Mangels am Thatbestande zum Versuche s. Zachariä, vom Versuche S. 21—23.

169) Vgl. Arnold im Archiv f. Criminalr. 1843 S. 109 flg.

Digitized by Google

rischen Entwurfe eines Strafgesetzbuches von 1831 Art. 104 wurde wegen Nichtbeobachtung wesentlicher Förmlichkeiten mangelhafter Thatbestand als Milderungsgrund angenommen. Endlich ist Art. 106 des bayer. Strafgesetzb. durch Art. 8, Abs. 2 des Gesetzes vom 29. August 1848 aufgehoben worden. In den übrigen neuen Gesetzbüchern kommt der Mangel am Thatbestande als Milderungsgrund nicht vor. — Als in den Gesetzen anerkannte allgemeine Milderungsgründe werden aufgestellt: 1) wenn der Verbrecher außer der Strafe durch die Staatsgewalt schon andere unverschuldete Uebel in Beziehung auf seine Uebertretung erlitten hat, wohin namentlich langes oder sehr hartes, unverschuldetes Gefängniß gehört [170]). Wenn auch die Gesetzstellen [171]), auf welche man sich berufen hat, nicht diesen Milderungsgrund, wie ihn die spätere Praxis aufstellt, ergeben, so schwebte doch der Grundsatz vor, daß, wenn Jemand widerrechtlich in Untersuchungshaft gehalten, oder während der Untersuchung hart behandelt wurde, oder wenn überhaupt die Untersuchung sehr lange dauerte, eine Ausgleichung eintreten und der Richter zur Herstellung der Gerechtigkeit die ordentliche Strafe mildern müsse [172]). Man kann auch hier richtiger nicht von einem Milderungsgrunde im eigentlichen Sinne sprechen. Die Größe der Verschuldung wird dadurch nicht geändert; es soll nur ein Ersatz für einen schon erlittenen Nachtheil gegeben und eine Ausgleichung bewirkt werden; daher in dem Straferkenntnisse die an sich verwirkte Strafe auszusprechen und nur die erlittene Haft einzurechnen oder sonst die Ausgleichung zu erkennen ist [173]). Man hat den Milderungsgrund häufig auf unverschuldete Haft beschränken wollen; mit Unrecht, da der Grund auch bei anderen Uebeln paßt, welche der Angeschuldigte unverschuldet durch die Staatsgewalt erlitten hat [174]). Ist die ordentliche Strafe Todesstrafe, so wollen Manche [175]) keine Ausgleichung gestatten; allein dies ist gemeinrechtlich den Gesetzen zuwider und paßt nicht zu dem Grunde, aus welchem man diese Ausgleichung eintreten läßt [176]). Die neuen Gesetzgebungen erkennen zum Theil diesen Milderungsgrund an. Das österreich. Strafgesetzbuch §. 46 sieht es als einen mildernden Umstand bei Verbrechen an, wenn der Verbrecher wegen der ohne sein Verschulden verlängerten Untersuchung durch längere Zeit verhaftet war, während

170) S. die Literatur bei Feuerbach §. 99, N. 3.

171) L. 25. D. 48. 19. L. 23. C. IX. 47.

172) Gesterding, Nachforsch. Bd. 3, S. 280. Abegg im N. Archiv des Criminalr. Bd. 14, S. 155.

173) Hepp, Theorie der Zurechnung S. 53. Schüler, Beitr. S. 49. Mittermaier Note 1 zu Feuerbach §. 99.

174) Hepp a. a. O. S. 55. Mittermaier a. a. O. Im hessischen Strafgesetzbuche steht dieser Grund nicht unter den Milderungsgründen, sondern es wird davon bei den Strafen gehandelt.

175) Roßhirt, Entwickelung S. 83. Abegg a. a. O. S. 160.

176) Heffter, Lehrbuch des Criminalr. §. 157. Hepp a. a. O. S. 53. Mittermaier a. a. O. N. 2.

Digitized by Google

bei Vergehen und Uebertretungen dieser Umstand im §. 264 nicht unter den mildernden Umständen aufgeführt wird. Das preuß. Strafgesetzbuch führt den unverschuldeten Arrest nicht als Milderungsgrund auf. Nach dem bayer. Strafgesetzb. Art. 104 mindert langwieriges, ohne alles Verschulden des Angeschuldigten über ein halbes Jahr dauerndes Gefängniß die Dauer der sonst verwirkten Freiheitsstrafe um so viel, als der unverschuldet erlittene Arrest beträgt, so daß, wenn dieser das Maaß der verschuldeten gesetzlichen Strafe vollkommen erreicht, der Arrest selbst zur Strafe anzurechnen ist. Doch ist dieser Umstand ohne Einfluß auf die lebenslängliche Freiheitsstrafe und bewirkt bei dem Zuchthause auf unbestimmte Zeit nur so viel, daß die Zeit des Begnadigungsgesuches nach Verhältniß des unverschuldet erlittenen Arrestes verkürzt wird. Nach Art. 105 hebt diesen Milderungsgrund bei Kapitalverbrechen den verschärfenden Zusatz, und, wenn die Dauer des ungebührlich erlittenen Arrestes 2 Jahre oder mehr beträgt, die Todesstrafe selbst auf, welche sodann in Kettenstrafe oder nach Umständen in Zuchthaus auf unbestimmte Zeit zu verwandeln ist. Das oldenburg. Strafgesetzb. Art. 111 hat dieselben Bestimmungen; doch ist durch eine Verordnung vom 11. October 1821 bestimmt, daß auch ein kürzeres als halbjähriges unverschuldetes Gefängniß nach den Umständen dem Angeschuldigten als Strafe angerechnet werden kann. Nach dem württemb. Strafgesetzb. Art. 114 wird ein rechtswidrig angelegter oder ohne Schuld des Angeklagten verlängerter Sicherungsarrest bei Todesstrafen gar nicht berücksichtigt; bei zeitlichen Freiheitsstrafen hat er die Folge, daß an der zuerkannten Strafzeit so viel, als nach dem Ermessen des Gerichtes die unverschuldete Dauer der Haft beträgt, abgerechnet wird. Auch wegen anderer Uebel, welche ein Verbrecher durch die Behörden oder deren Diener in Beziehung auf seine Uebertretung unverschuldeter Weise erlitten hat, hat der Richter die zuerkannte Strafzeit verhältnißmäßig abzukürzen. Doch darf weder in dem einen, noch in dem anderen Falle die Strafart und ebensowenig dürfen deren gesetzliche Folgen abgeändert werden. Auch eine verwirkte Geldstrafe wird gleichfalls mit Rücksicht auf jene Umstände bemessen. Nach dem sächs. Strafgesetzb. Art. 30 kann auf eine gegen einen Angeschuldigten ohne genügenden Grund verhängte oder ohne sein Verschulden verlängerte Untersuchungshaft bei Zuerkennung einer zeitlichen Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe dergestalt Rücksicht genommen werden, daß dieselbe durch die erlittene Haft ganz oder zum Theil für verbüßt geachtet wird. An die im Art. 32 enthaltenen Beschränkungen der Strafdauer ist der Richter hierbei nicht gebunden. Nach dem bad. Strafgesetzb. §. 156 wird dem Schuldigen, wenn derselbe während des Strafverfahrens eine rechtswidrige oder eine ohne sein Verschulden verlängerte Haft erduldet hat, an der verwirkten zeitlichen Freiheitsstrafe, als bereits erstanden, so viel Zeit abgerechnet, als die Dauer der rechtswidrigen Haft oder ihrer unverschuldeten Verlängerung beträgt, wenn gleich dadurch der noch zu erstehende übrige

Digitized by Google

Theil der Strafe unter das niedrigste Maaß der erkannten Strafart herabsinkt. Auch bei Geldstrafen findet nach §. 157 gleiche Abrechnung in der Weise statt, daß hierbei der im §. 162 für deren Verwandelung in Gefängnißstrafe festgesetzte Maßstab zur Anwendung kommt. Nach §. 158 wird außer den Fällen der §§. 156, 157 die während des Strafverfahrens erduldete Haft, insofern nicht der Angeschuldigte deren Verlängerung durch Leugnen wahrer oder durch Anführung unwahrer Thatsachen selbst verschuldet hat, als Strafminderungsgrund berücksichtigt. Auch kommen andere Uebel, welche der Angeschuldigte von der Behörde oder deren Dienern rechtswidrig erlitten hat, bei Ausmessung der Strafe zu deren Minderung in Betracht. Das hess. Strafgesetzbuch Art. 34 (nass. Strafgesetzb. Art. 32) spricht nur von dem Falle, wenn ohne die Schuld eines in Haft befindlichen Angeschuldigten das Untersuchungsverfahren oder die endliche Aburtheilung verzögert worden ist; dann sollen die Gerichte, ohne Berücksichtigung der Art der erkannten Freiheitsstrafe, die unverschuldet erlittene Haft, nach billigem Ermessen, an der Strafe in Abzug bringen; sie müssen jedoch in dem Urtheil bestimmt aussprechen, wie lange die Strafzeit ohne einen solchen Abzug gedauert haben würde. Nach dem hannöv. Strafgesetzb. Art. 103 soll langwierige, ohne alles Verschulden des Thäters von diesem erlittene Untersuchungshaft eine verhältnißmäßige Abkürzung der gesetzlichen zeitlichen Strafe, und, nach Beschaffenheit der Umstände, die Anrechnung derselben als Strafe zur Folge haben. Ist aber auf Todesstrafe oder auf lebenslängliche Freiheitsstrafe zu erkennen, so fällt dieser Milderungsgrund hinweg. Das braunschweig. Strafgesetzb. §. 61 will die Dauer unverschuldeter Haft auf zeitliche Freiheitsstrafen angerechnet wissen, und zwar dergestalt, daß dieselbe den verschiedenen Arten der Freiheitsstrafen gleichgeachtet wird, auch wenn auf diese Weise der noch übrige Strafrest unter die für die zu erkennende Strafart festgesetzte geringste außerordentliche Dauer herabsinken oder, insofern als Strafrest selbst nicht das geringste Maaß, nach welchem jede Strafart theilbar ist (§. 15), übrig bleibt, ganz aufgehoben werden sollte. In gleicher Weise soll der Richter dem Verbrecher die demselben während der Untersuchung etwa durch die Behörden oder deren Diener widerrechtlicher Weise zugefügten Uebel auf zeitliche Freiheitsstrafen nach vernünftigem Ermessen in Anrechnung bringen. Durch Anrechnung der Haft oder solcher Uebel werden jedoch die gesetzlichen Folgen der eigentlich zu erkennenden Strafart nicht aufgehoben. Nach dem altenb. Strafgesetzb. Art. 63 ist bei einem ohne genügenden Grund verhängten oder ohne alle Schuld der Angeschuldigten durch zufällige Umstände verlängerten Untersuchungshaft der Richter ermächtigt, eine verwirkte zeitliche Freiheitsstrafe auch unter das gesetzlich bestimmte niedrigste Maaß der Strafart, wiewohl ohne Veränderung derselben, herabzusetzen oder auch die Untersuchungshaft statt der verwirkten Gefängnißstrafe dem Schuldigen als Strafe anzurechnen. Das thüring. Strafgesetzb. Art. 60 ermächtigt den Richter, bei einer

Digitized by Google

rechtswidrig verhängten oder ohne alle Schuld des Thäters verlängerten Untersuchungshaft, verwirkte zeitliche Freiheitsstrafen oder Geldstrafen verhältnißmäßig und dann selbst unter das gesetzliche niedrigste Maaß (Meiningen hat verhältnißmäßig und dann nur das gesetzliche u. s. w.), jedoch ohne die Strafart zu verändern, herunter zu setzen, auch die Untersuchungshaft statt einer verwirkten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe dem Schuldigen als Strafe anzurechnen. — Zu den gesetzlich anerkannten allgemeinen Milderungsgründen gehört 2) die Unmündigkeit des Verbrechers, wenn derselbe die That aus jugendlicher Uebereilung begangen hat. — Nach der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V. gilt die Jugend als Milderungsgrund[177]). Dieser fällt aber weg, wenn sich bei der That ein hoher Grad von Ueberlegung und schon eingewurzelter rechtswidriger Triebfedern zeigte (wenn Bosheit das Alter erfüllt)[178]). Die Frage über den Einfluß der Jugend auf Strafzumessung reiht sich an die Untersuchungen über die Aufhebung der Zurechnung wegen Jugend an (vgl. oben unter III. A. B. I.). Bei Personen, welche über 14 oder nach neuen Gesetzen über 16 Jahre alt sind, sind Manche der Ansicht, daß mit dem 14. oder 16. Jahre plötzlich die völlige Verstandesreife und Zurechnungsfähigkeit bei jeder Person eintrete. Allein die Natur kennt keine solche absoluten Grenzen; bei manchen jungen Leuten tritt häufig die Entwickelung der nöthigen Selbstständigkeit langsam ein, und bei jungen Leuten unter 18 Jahren ist oft jene Klarheit des Bewußtseins des Unrechtes nicht vorhanden, wie sie der Gesetzgeber bei älteren Personen voraussetzen kann. Auch schon das römische Recht nahm auf das jugendliche Alter Rücksicht[179]). Auch die alten Juristen betrachten, wenigstens bei culpa, manche auch in anderen Fällen die Minderjährigkeit als Milderungsgrund. Das Ermessen des Richters muß hier, mit Rücksicht auf die Art des Verbrechens und die Individualität des Angeschuldigten entscheiden[180]). Auch im Geiste der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V., welche auf die Jugend Rücksicht nimmt[181]), liegt es, die Jugend als Milderungsgrund gelten zu lassen. Von den neuen Gesetzgebungen will das sardin. Strafgesetzb. Art. 92 nur denjenigen, welcher zur Zeit des Verbrechens 21 Jahre vollendet hat, mit der ordent-

177) Peinl. Gerichtsordnung Art. 164, 179. Im Art. 164 ist zwar von Dieben unter 14 Jahren die Rede; allein Art. 179 spricht von Jugend ohne feste Grenze.

178) Peinl. Gerichtsordn. Art. 164.

179) L. 9. §. 2. L. 37. §. 1. D. 4. 4. vgl. mit L. 108. D. 50. 17. Paul. Sent. Lib. V. Tit. 17. §. 3. L. 16. §. 3. D. 48. 19. L. 1. C. IX. 15.

180) Mittermaier Note 5 zu Feuerbach §. 99 und die dort angef. Schriftsteller.

181) Peinl. Gerichtsordn. Art. 179: „Würde von Jemand, der Jugend, oder anderer Gebrechlichkeit halber, wissentlich seine Sinn nicht hätt, ein Uebelthat begangen, das soll mit allen Umständen, an die Orten und Enden, wie zu End dieser unser Ordnung angezeigt, gelangen, und nach Rath derselben, und anderer Verständigen, darinn gehandelt oder gestrafft werden."

Digitized by Google

lichen Strafe belegt wissen. Dann werden von Art. 93—96 Abstufungen gemacht; bei demjenigen, welcher das 18., aber noch nicht das 21. Jahr zurückgelegt hat, wird die ordentliche Strafe um einen Grad gemildert, freilich mit dem Zusatze, daß bei Verbrechen wider Religion und Staat diese Milderung nicht eintrete. Andere Nachweisungen aus neuen Gesetzbüchern sind bereits früher vorgekommen (vgl. Note 27). Noch ist dazu Folgendes hinzuzufügen. Obgleich in Frankreich nach dem Code pénal art. 66 mit dem 16. Jahre, wenn discérnement angenommen wird, Zurechnungsfähigkeit eintritt, so wird doch nur statt Todesstrafe und Zwangsarbeit die Einsperrung im Correctionshause auf 10—20 Jahre erkannt. Nach art. 22 findet gegen den noch nicht 18 Jahre alten Verbrecher keine öffentliche Ausstellung statt; es wird also der junge Mensch von 16 Jahren noch nicht als völlig reif behandelt. In Frankreich hat die Praxis wenigstens dadurch geholfen, daß auch Verurtheilte über 16 Jahre in die ackerbauenden Colonien oder in die Lehre gegeben werden können. Das österreich. Strafgesetzbuch §. 46 sieht das Alter des Thäters unter 20 Jahren als Milderungsgrund an; namentlich soll nach §. 52 gegen diejenigen, welche zur Zeit der Verübung dieses Verbrechens noch nicht 20 Jahre alt sind, anstatt der Todesstrafe oder lebenslänglichen Kerkerstrafe auf schweren Kerker von 10—20 Jahren erkannt werden. Nach dem bayer. Strafgesetzb. Art. 99 giebt nach zurückgelegtem 16. Jahre das jugendliche Alter für sich allein keinen Anspruch auf Milderung. Doch bestimmt ein Rescript vom 18. September 1817, daß bei Unmündigen die Ausmessung der Strafe nicht nach den einzelnen concurrirenden Verbrechen und der hierdurch verwirkten Strafe geschehen, sondern nur die Totalität der deshalb allgemein verwirkten Arbeitshausstrafe berechnet werden dürfe, welche sodann in Ansehung des Unmündigen in eine 12 Monate niemals übersteigende Gefängnißstrafe verwandelt werden muß. Nach dem sächs. Strafgesetzb. Art. 90, altenb. Strafgesetzb. Art. 62, thüring. Strafgesetzb. Art. 58 gilt die Jugend bis zum 18. Jahre als Milderungsgrund. Das württemberg. Strafgesetzbuch nimmt auf das Alter über 16 Jahre keine mildernde Rücksicht. Das bad. Strafgesetzb. §. 80 will bei jungen Leuten über 16 bis zu 18 Jahren an die Stelle der verschuldeten Todesstrafe lebenslängliches oder zeitliches Zuchthaus nicht unter 10 Jahren erkannt wissen. Nach dem sächs. Strafgesetzb. Art. 90 kann gegen junge Leute unter 18 Jahren niemals auf Todesstrafe oder Zuchthaus, sondern nur auf Arbeitshaus oder Gefängniß erkannt werden. Damit stimmt das altenb. Strafgesetzb. Art. 62 überein. Nach dem thüring. Strafgesetzb. Art. 58 soll gegen junge Leute unter 18 Jahren nie auf Zuchthaus, sondern stets auf eine Freiheitsstrafe geringerer Art erkannt werden; überhaupt kann der Richter nach seinem Ermessen auf eine geringere Strafart und Strafdauer, als gesetzlich angedroht ist, herabgehen. Nach dem hess. Strafgesetzb. Art. 117 wird bei Personen über 16 bis zu 18 Jahren statt der Todesstrafe oder lebens-

Digitized by Google

länglicher Zuchthausstrafe auf Zuchthaus von 10—18 Jahren erkannt. Dasselbe bestimmt das nass. Strafgesetzb. Art. 114 hinsichtlich der über 17, aber noch nicht 20 Jahre alten Verbrecher. Nach dem hannöv. Strafgesetzb. Art. 100 giebt nach zurückgelegtem 16. Lebensjahre das jugendliche Alter nur bei solchen Verbrechen einen Milderungsgrund ab, welchen mehr Uebereilung, Leichtsinn, Genußbegierde und jugendliche Hitze als Bosheit, Rachsucht und Ueberlegung zu Grunde liegen. Das braunschw. Strafgesetzb. §. 60 will gegen Personen unter 21 Jahren stets auf eine mildere Strafe erkannt wissen, und zwar statt der Todesstrafe oder Kettenstrafe auf Zuchthaus bis zu dessen längster außerordentlicher Dauer; statt Zuchthauses und Zwangsarbeit auf die zunächst folgende geringere Strafart bis zu deren längster außerordentlicher Dauer; bei mit Gefängniß bedrohten verbrecherischen Handlungen zwar auf die bestimmte Strafart, jedoch von ihrer geringsten außerordentlichen Dauer an. Hat indessen ein jugendlicher Verbrecher über 18 Jahre mit besonderer Ueberlegung und Bosheit gehandelt, so soll, statt auf Todesstrafe oder lebenslängliche Kettenstrafe auf zeitliche Kettenstrafe bis zu deren längster außerordentlicher Dauer erkannt werden. Das Strafgesetzbuch für das Waatland Art. 51 läßt überall, wo der Thäter über 14, aber noch nicht über 18 Jahre alt ist, die Vorfrage entscheiden, ob der Thäter mit Unterscheidungskraft handelte. Bei bejahender Antwort tritt statt der Todesstrafe Reclusion nicht unter 6 Jahren ein, und bei anderen Strafen wird das geringste Strafmaaß auf die Hälfte herabgesetzt. Das thurgau. Strafgesetzb. Art. 69 läßt bei Minderjährigen unter 18 Jahren bei allen Strafen Milderung eintreten. — Außer den gesetzlichen Milderungsgründen nehmen die Strafrechtslehrer noch verschiedene andere Milderungsgründe an; dazu gehören 1) der verringerte Grad der Strafbarkeit der Handlung in concreto, nach welchem Gesichtspunkte die Strafe gemildert wird: a) wenn eine ungewöhnlich gute Absicht der That zu Grunde lag; b) wenn die Selbstthätigkeit des Willens der Person bei Begehung der That beschränkt war; 2) der gute Lebenswandel; 3) Reue; 4) freiwilliges Geständniß; 5) Gewohnheit; 6) Irrthum und Unwissenheit in Ansehung der Größe der auf das Verbrechen gesetzten Strafe; 7) glücklicher Erfolg der Handlung; 8) Verwandtschaft des Beleidigers mit dem Beleidigten; 9) Schadenersatz; 10) Entsagung der Rechte aus der Beleidigung von Seiten des Beleidigten; 11) Compensation; 12) Ablauf der halben Verjährungszeit; 13) Geschicklichkeit des Thäters u. s. w. Die Ansichten der Rechtslehrer weichen jedoch von einander ab.

2) Bei unbestimmten Strafgesetzen. Wir beschränken uns hier darauf, die Strafzumessungsgründe aus den neuen Strafgesetzbüchern aufzuführen. Die Gesetzgeber folgen dabei im wesentlichen den im bayer. Strafgesetzb. Art. 91—94 aufgestellten Rücksichten, welche zum großen Theile wörtlich aus Feuerbach's Lehrbuch des Criminal-

Digitized by Google

rechtes abgeschrieben sind[182]). Nach dem bayer. Strafgesetzbuche steigt oder fällt die Strafbarkeit rücksichtlich der Beschaffenheit der Handlung an und für sich 1) nach Verschiedenheit der Größe der entstandenen oder zu befürchtenden Rechtsverletzung oder Beschädigung; 2) nach der Ausdehnung der Beschädigung oder Gefahr, je nachdem diese auf mehr oder weniger Personen sich erstreckte, je nachdem das Verbrechen den Staat selbst oder ganze Gemeinden oder eine unbestimmte Menge von Personen oder nur bestimmte Einzelne in Schaden und Gefahr gebracht hat. Aus Rücksicht der Gesetzwidrigkeit des Willens steigt die Strafbarkeit: 1) je zahlreichere und wichtigere Beweggründe für die Beobachtung des Gesetzes vorhanden waren, je mannichfachere und größere Pflichten von dem Verbrecher verletzt wurden, und je mehr der Verbrecher im Stande war, diese Beweggründe und Pflichten klar und deutlich zu erkennen; 2) je größere Hindernisse die Ausführung des Verbrechens erschwerten, je mehr Dreistigkeit und Muth, je größerer Aufwand von Verstand, List oder Körperkräften erfordert und angewendet wurde, um die That vorzubereiten und zu vollbringen; 3) je geringfügiger die äußeren zufälligen Veranlassungen waren, welche den Verbrecher gereizt, verleitet und verführt haben, je mehr derselbe aus eigenem inneren Antriebe die Uebertretung beschlossen und die Gelegenheit zu dem Verbrechen selbst aufgesucht hat; 4) je mehr der Verbrecher durch fortgesetzte Uebung böser Handlungen, durch Angewöhnung, schlechte Lebensart und dergleichen verwildert und zu Verbrechen aufgelegt ist. Dagegen vermindert sich die Strafbarkeit vornämlich 1) wenn der Verbrecher wegen Mangels an Unterricht oder aus natürlicher Schwäche des Verstandes den vollen Umfang der Gefährlichkeit oder die Größe der Unerlaubtheit oder Strafwürdigkeit seiner Handlung nicht eingesehen hat; 2) wenn derselbe durch Ueberredung, arglistige Versprechungen, durch Befehl oder Drohung (sofern nicht diese alle Strafe ausschließen) zu dem Verbrechen verleitet worden ist; 3) wenn er durch drückende Armuth oder andere Noth dazu verleitet wurde; 4) wenn eine ungesuchte, unerwartet aufgestoßene Gelegenheit seine Begierde gereizt und schnell zur Ausführung fortgerissen hat; 5) wenn er in einer zufällig entstandenen und an sich zu entschuldigender Leidenschaft oder Gemüthsbewegung gehandelt hat (sofern hierauf nicht schon von dem Gesetze selbst bei der Strafbestimmung ausdrücklich Rücksicht genommen ist); 6) wenn aus seinem vorigen Lebenswandel oder aus seinem Benehmen bei oder nach der That mit Grund auf einen noch geringen Grad von Verdorbenheit und Verwilderung geschlossen werden kann. Aus der unter 6. bestimmten Ursache mildert sich die Strafe: a) wenn der Verbrecher Gelegenheit hatte, einen größeren Schaden zu stiften und sich freiwillig auf einen geringeren

182) Erinnerungen gegen die Gerechtigkeit vieler dem bayer. Strafgesetzbuche entlehnten Straferhöhungsgründe macht Mittermaier N. IV zu Feuerbach §. 102.

Digitized by Google

beschränkt hat; b) wenn derselbe die Folgen des Verbrechens zu verhindern oder c) den schon verursachten Schaden wieder zu vergüten aus freiem inneren Antriebe thätig bemüht war; d) wenn er sich selbst dem Gerichte angegeben; e) wenn er in seinem ersten oder zweiten Verhör sein Verbrechen umständlich und wahr bekannt hat; f) wenn er andere unbekannte Verbrecher entdeckt oder aus eigenem Antriebe zu deren Erlangung Mittel und Gelegenheit gegeben hat. Das oldenb. Strafgesetzb. Art. 98 — 101 hat diese Bestimmungen unverändert aufgenommen; doch fügt es zu den aus Rücksicht der Gesetzwidrigkeit des Willens die Strafbarkeit steigernden Umständen noch hinzu: 5) je mehr der Verbrecher in der Untersuchung den Richter durch Erdichtung falscher Umstände zu hintergehen oder durch hartnäckiges Leugnen die Untersuchung zu erschweren sucht. Die im bayer. Strafgesetzbuche ausgesprochenen Sätze sind aufgenommen in das württemberg. Strafgesetzb. Art. 108 — 111 (mit einigen Verbesserungen) in das Strafgesetzbuch von Zürich §. 71, 72, von Luzern §. 74, 75. Das österreich. Strafgesetzb. §. 43 stellt als allgemeinen Maßstab der Erschwerungsumstände folgenden auf: „Im allgemeinen ist das Verbrechen desto größer, je reifer die Ueberlegung, je geflissentlicher die Vorbereitung, womit das Verbrechen unternommen wird, je größer der dadurch verursachte Schaden oder die damit verbundene Gefahr ist, je weniger Vorsicht dawider gebraucht werden kann oder je mehr Pflichten dadurch verletzt werden. Die in den §§. 44, 45 aufgestellten besonderen Erschwerungsumstände sind: 1) wenn mehrere Verbrechen verschiedener Art begangen; 2) wenn eben dasselbe Verbrechen wiederholt; 3) wenn der Verbrecher schon wegen eines gleichen Verbrechens gestraft worden ist; 4) wenn er Andere zum Verbrechen verführt hat; 5) wenn er der Urheber, Anstifter, Rädelsführer eines von mehreren Personen begangenen Verbrechens gewesen ist; 6) wenn der Beschuldigte in der Untersuchung den Richter durch Erdichtung falscher Umstände zu hintergehen sucht. Nach §. 46 sind Milderungsumstände, welche auf die Person des Thäters Bezug haben: 1) wenn der Thäter unter 20 Jahren, wenn er schwach an Verstand oder seine Erziehung sehr vernachlässigt worden ist; 2) wenn er vor dem Verbrechen eines untadelhaften Wandels gewesen ist; 3) wenn er auf Antrieb eines Dritten, aus Furcht oder Gehorsam das Verbrechen begangen hat; 4) wenn er in einer aus dem gewöhnlichen Menschengefühl entstandenen heftigen Gemüthsbewegung sich zu dem Verbrechen hat hinreißen lassen; 5) wenn er mehr durch die ihm aus fremder Nachlässigkeit aufgestoßene Gelegenheit zum Verbrechen angelockt worden ist, als sich mit vorausgefaßter Absicht dazu bestimmt hat; 6) wenn er von drückender Armuth sich zu dem Verbrechen hat verleiten lassen; 7) wenn er den verursachten Schaden gut zu machen oder die weiteren üblen Folgen zu verhindern mit thätigem Eifer sich bestrebt hat; 8) wenn er, da er leicht entfliehen oder unentdeckt hätte bleiben können, sich selbst angegeben und das Verbrechen bekannt hat; 9) wenn er andere verborgen gewesene Verbrecher

Digitized by Google

entdeckt und zu ihrer Einbringung Gelegenheit und Mittel an die Hand gegeben hat; 10) wenn er wegen der ohne sein Verschulden verlängerten Untersuchung längere Zeit hindurch verhaftet war. Nach §. 47 sind Milderungsumstände in Rücksicht auf die Beschaffenheit der That: 1) wenn es bei dem Versuche geblieben; 2) wenn das Verbrechen mit freiwilliger Enthaltung von Zufügung größeren Schadens, wozu die Gelegenheit offen stand, verübt worden ist; 3) wenn der aus dem Verbrechen entstandene Schaden gering ist oder wenn der Beschädigte vollkommenen Ersatz oder Genugthuung erhält. Das preuß. Strafgesetzbuch schreibt keine speciellen Strafausmessungsgründe vor. Das sächs. Strafgesetzb. Art. 73 stellt nur den allgemeinen Grundsatz auf, daß der Richter in allen Fällen, wo gesetzlich die Strafe eines Verbrechens nach dem niedrigsten und höchsten Maaße oder nach dem letzteren allein bestimmt ist, der erkennende Richter innerhalb dieser Grenzen die Strafe für den einzelnen vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der dabei eintretenden besonderen Verhältnisse festzusetzen habe, welche den Schuldigen nach der besonderen Beschaffenheit der zu bestrafenden Handlung und nach dem Grade der dabei gezeigten Böswilligkeit mehr oder minder strafbar erscheinen lassen. Das bad. Strafgesetzb. §. 149, 150 läßt bei unbestimmten Strafgesetzen die Strafe ausmessen theils nach der Schädlichkeit und Gefährlichkeit der zu bestrafenden Handlung, theils nach der Bösartigkeit und Stärke des auf die Hervorbringung des Verbrechens gerichteten Willens. Insbesondre soll aus der letzteren Rücksicht nach §. 161 die Strafbarkeit steigen: 1) je zahlreichere und wichtigere Beweggründe für die Unterlassung der That vorhanden waren, je vielfältigere und größere Pflichten von dem Thäter verletzt wurden, und je mehr derselbe im Stande war, diese Beweggründe und Pflichten zu erkennen; 2) je mehrere und größere Hindernisse oder Gefahren die That erschwerten, und je mehr Geflissenheit, List und Dreistigkeit oder Grausamkeit zur Vorbereitung oder Vollbringung derselben angewendet wurden; 3) je geringfügiger die äußeren Veranlassungen zur That waren und je mehr der Thäter ohne äußere Veranlassung die Gelegenheit dazu selbst aufgesucht hat; 4) je mehr der Thäter durch seinen früheren Lebenswandel Verdorbenheit und Hang zu strafbaren Handlungen gezeigt, je öfter und in je kürzeren Zwischenräumen er dasselbe oder ein gleichartiges Verbrechen begangen hat, je zahlreichere und größere Strafen früher gegen ihn erkannt und ganz oder theilweise vollzogen worden sind, und je kürzer der Zeitraum ist zwischen der früheren Verurtheilung oder Bestrafung und der jetzigen Uebertretung. In der nämlichen Rücksicht vermindert sich nach §. 152 die Strafbarkeit des einzelnen Falles insbesondre: 1) wenn der Thäter den Umfang der Gefährlichkeit und die Größe der Strafwürdigkeit seiner Handlung nicht eingesehen hat; 2) wenn er durch Noth oder durch Ueberredung, Täuschung, Verführung, Befehl oder Drohung zu der strafbaren Handlung verleitet worden ist; 3) wenn der Thäter in einer besonders aufgeregten, an sich zu entschuldigenden

Digitized by Google

Gemüthsbewegung gehandelt hat, ohne daß er sich in den Fällen Nr. 1, 2, 3 in einem Zustande befand, durch welchen die Zurechnung ausgeschlossen oder eine Strafmilderung (§. 153) begründet ist; 4) wenn sein voriger Lebenswandel oder seine Handlungen und sein Benehmen bei oder nach der That zeigen, daß keine Verdorbenheit des Willens vorhanden ist; 5) wenn er die schädlichen Folgen der strafbaren Handlung selbst zu verhindern oder den schon verursachten Schaden wieder gut zu machen, aus freiem Antriebe bemüht gewesen ist; 6) wenn er sich dem Gerichte selbst als den Schuldigen angegeben oder im Anfange der Untersuchung und ohne noch überführt zu sein, seine Schuld bekannt hat. Das hess. Strafgesetzb. Art. 119 wiederholt wörtlich den Art. 150 des badischen, giebt dann im Art. 120 dieselben Straferhöhungsgründe, den unter Nr. 1 jedoch so: „je zahlreichere und wichtigere sittliche Beweggründe für die Unterlassung der That vorhanden waren" u. s. w. Im Art. 121 werden folgende Strafminderungsgründe angegeben: 1) wenn der Thäter zur Zeit des begangenen Verbrechens zwischen dem vollendeten 16. und dem vollendeten 18. Lebensjahre gestanden hat; 2) wenn er den Umfang der Gefährlichkeit und die Größe der Strafwürdigkeit seiner Handlung nicht eingesehen hat; 3) wenn er durch Noth oder durch Ueberredung, Verführung, Befehl oder Drohung zu der strafbaren Handlung verleitet worden ist, ohne daß die Einwirkung von der Art war, daß dadurch alle Strafbarkeit des Handelnden ausgeschlossen wird; 4) wenn eine ungesuchte, unerwartet eingetretene Gelegenheit die Entstehung und gleichzeitige Ausführung des verbrecherischen Entschlusses veranlaßt hat; 5) wenn der Thäter in einer besonders aufgeregten und an sich zu entschuldigenden Gemüthsbewegung gehandelt hat; 6) wenn sein voriger Lebenswandel und sein Benehmen bei oder nach der That zeigen, daß keine Verdorbenheit des Willens vorhanden ist, namentlich wenn er die schädlichen Folgen der strafbaren Handlung selbst zu verhindern oder den schon verursachten Schaden wieder gut zu machen aus freiem Antriebe thätig bemüht war; 7) wenn er neben dem Bekenntniß seiner eigenen Schuld seine Mitschuldigen entdeckt oder aus eigenem Antriebe zu deren Ergreifung Mittel und Gelegenheit angegeben hat; 8) wenn er sich selbst dem Gerichte als den Schuldigen angegeben oder im Anfange der Untersuchung, und ohne noch überführt zu sein, seine Schuld bekannt hat. Das nass. Strafgesetzb. Art. 118 wiederholt wörtlich den Art. 119 des hessischen, giebt dann im Art. 119 dieselben Straferhöhungsgründe in der nämlichen Fassung, sowie auch im Art. 120 dieselben Strafminderungsgründe mit Ausschluß des unter Nr. 7 und zu Nr. 1 mit der Abänderung: „wenn der Thäter zur Zeit des begangenen Verbrechens zwischen dem vollendeten 17. und dem vollendeten 20. Lebensjahre gestanden hat." Das hannöv. Strafgesetzb. Art. 92—95 unterscheidet die Rücksichten der Gefährlichkeit der Handlung an sich, und die der Gefährlichkeit des gesetzwidrigen Willens. Rücksichtlich der Gefährlichkeit der Handlung an sich steigt oder fällt die Strafbarkeit

Digitized by Google

vorzüglich: 1) nach Verschiedenheit der Größe der entstandenen oder zu befürchtenden Rechtsverletzung oder Beschädigung; 2) nach der Ausdehnung der Beschädigung oder Gefahr, je nachdem diese auf mehr oder weniger Personen sich erstreckt, je nachdem das Verbrechen den Staat selbst oder ganze Gemeinden, oder eine unbestimmte Menge von Personen oder nur Einzelne in Schaden oder Gefahr gebracht hat; 3) nach der aus Verhältnissen der Zeit und des Ortes, sowie aus der Heiligkeit des Gegenstandes, an welchem oder in Beziehung auf welchen das Verbrechen verübt ist, entstehenden Gefahr für die Rechtssicherheit. In Beziehung auf die Gefährlichkeit des gesetzwidrigen Willens steigt die Strafbarkeit besonders: 1) je zahlreichere und wichtigere Beweggründe für die Beobachtung des Gesetzes vorhanden waren, je mannichfachere und größere Pflichten von dem Verbrecher verletzt wurden und je mehr der Verbrecher im Stande war, diese Beweggründe und Pflichten deutlich zu erkennen; 2) je größere Hindernisse die Ausführung des Verbrechens erschwerten, je mehr Dreistigkeit und List oder Körperkraft erfordert oder angewendet wurden, um die That vorzubereiten oder zu vollbringen; 3) je geringfügiger die äußeren zufälligen Veranlassungen waren, welche den Verbrecher gereizt, verleitet und verführt haben; je mehr derselbe aus eigenem Antriebe die Uebertretung beschlossen und die Gelegenheit zu dem Verbrechen aufgesucht hat; 4) je mehr der Verbrecher anderen Personen durch Verführung und Ueberredung zur Theilnahme an dem verübten oder versuchten Verbrechen bewogen hat; 5) je mehr er durch fortgesetzte Uebungen böser Handlungen und schlechter Lebensart verwildert und zu Verbrechen aufgelegt ist; 6) je gefährlicher und bösartiger die Begierden und Leidenschaften gewesen sind, aus welchen er gehandelt hat; 7) je mehr Bosheit und Grausamkeit der Verbrecher bei Vollführung des Verbrechens gezeigt hat. Hingegen mindert sich die Strafbarkeit vorzüglich: 1) wenn der Verbrecher wegen Mangels an Unterricht, wegen gänzlich vernachlässigter Erziehung oder weil er unter Verbrechern aufgewachsen ist, oder aus natürlicher Schwäche des Verstandes, oder aus einem die Zurechnung nicht ganz aufhebenden Gemüthsgebrechen den vollen Umfang der Gefährlichkeit und die Größe der Strafwürdigkeit seiner Handlung nicht eingesehen hat; 2) wenn er durch Ueberredung, gegründete Furcht, arglistige Versprechungen, durch Befehl oder Drohung, besonders solcher Personen, welchen er Gehorsam schuldig ist, sofern hierdurch nicht alle Strafe ausgeschlossen wird, zu dem Verbrechen bestimmt worden ist; 3) wenn er durch drückende Armuth oder sonstige Noth zu dem Verbrechen veranlaßt wurde, sofern nicht seine eigene unmittelbare Verschuldung der Noth oder die Art und Eigenschaft des Verbrechens solche Entschuldigung gänzlich ausschließt; 4) wenn eine ungesuchte und unerwartet aufgestoßene Gelegenheit seine Begierde gereizt und schnell zur Ausführung fortgerissen hat; 5) wenn der Verbrecher in einer an sich zu entschuldigenden großen Gemüthsbewegung gehandelt hat; 6) wenn der Thäter bei Begehung der That in dem

Digitized by Google

Zustande einer entschuldbaren Trunkenheit sich befand, vorausgesetzt, daß er den Entschluß zur That nicht schon vorher gefaßt hatte; 7) wenn die unerlaubte Handlung in dem Vaterlande des Thäters nicht mit Strafe bedroht ist und derselbe sich erst seit sehr kurzer Zeit im Königreiche aufgehalten hat; 8) wenn aus seinem vorigen Lebenswandel oder aus seinem Benehmen bei oder nach der That auf einen noch geringen Grad von Verdorbenheit mit Grund geschlossen werden kann. Aus der unter Nr. 8 bestimmten Ursache mindert sich die Strafbarkeit auch dann: 1) wenn der Verbrecher seine Mitverbrecher von einer größeren Beschädigung oder weiteren Ausdehnung der verbrecherischen Thätigkeit abgehalten hat; 2) wenn er die Folgen des Verbrechens zu verhindern oder 3) den schon verursachten Schaden zu vergüten aus freiem Antriebe thätig bemüht war; 4) wenn er sich selbst dem Gerichte angegeben; 5) wenn er im Anfange der Untersuchung und ohne noch überführt zu sein, sein Verbrechen umständlich und wahr bekannt hat; 6) wenn er unbekannte Theilnehmer seines Verbrechens oder gewerbmäßige Hehler dem Gerichte aus eigenem Antriebe angezeigt und dadurch zu deren Ergreifung Gelegenheit gegeben hat. Das braunschweig. Strafgesetzb. §. 63 stellt erst den allgemeinen Grundsatz auf, daß der Richter innerhalb der durch das Gesetz bestimmten Grenzen dem Schuldigen, unter sorgfältiger Berücksichtigung der besonderen Umstände jedes einzelnen Falles, die Strafe zuzumessen habe, und zwar vorzüglich nach Maßgabe der bewiesenen Bösartigkeit des Thäters, und außerdem nach der Gefährlichkeit und Schädlichkeit der verbrecherischen Handlung. In den §§. 64—66 sind nun die Erschwerungsgründe und Milderungsgründe bestimmt. Die Strafbarkeit des Thäters steigt: 1) je zahlreicher und wichtiger die Beweggründe für Unterlassung der That, je mannichfacher und größer die verletzten Pflichten, und je deutlicher diese Beweggründe und Pflichten zu erkennen sind; 2) je mehr Geflissenheit, List oder Dreistigkeit angewendet ist oder je mehrere und größere Hindernisse zu überwinden sind; 3) je mehr Theilnehmer zu dem Verbrechen sich verbunden haben, je verwerflicher die Mittel, sie heranzuziehen, gewesen sind, und je mehr sich der Anstifter, Theilnehmer, Gehilfe oder Begünstiger durch Thätigkeit vor seinen Genossen bei Begehung des Verbrechens ausgezeichnet hat; 4) je geringfügiger die Veranlassung zur That ist, und je mehr der Thäter aus freiem Antriebe und Lust an dem Verbrechen gehandelt hat; 5) je bösartiger und gefährlicher die Begierden sind, welche zu dem Verbrechen reizten; 6) je verdorbener der frühere Lebenswandel des Thäters ist, besonders je öfter er wegen anderer Verbrechen bereits verurtheilt oder bestraft ist und je größer die vorher erlittenen Strafen gewesen sind; 7) bei fahrlässigen Verbrechen, je mehr der Thäter die Gefährlichkeit seiner Handlung einsah oder je mehr er im Stande war, die Entstehung des rechtswidrigen Erfolges und dessen Größe vorherzusehen. Die Strafbarkeit der That steigt: 1) mit der Größe der beabsichtigten oder entstandenen Beschädigung; 2) mit dem Umfange der

Digitized by Google

Gefahr oder Beschädigung, je nachdem diese sich nur auf Einzelne oder eine unbestimmte Menge, auf ganze Gemeinden oder den Staat erstreckte; 3) bei den Mitschuldigen mit der Größe und Gefährlichkeit des Verbrechens, auf welches sich ihre Mitschuld bezieht; 4) bei versuchten Verbrechen mit der größeren Annäherung an die Vollendung der That, mit der Gefährlichkeit der angewendeten Mittel, und je mehr nur in äußeren, von dem Thäter unabhängigen Umständen, die unterbliebene Ausführung des Unternehmens liegt; 5) bei mehreren durch dieselbe Handlung verübten Verbrechen mit der Zahl und Schwere der einzelnen Uebertretungen; 6) bei dem Rückfalle, mit der Zahl und Schwere der bereits erlittenen Strafen und der Kürze der Zeit, welche zwischen der zuletzt erlittenen und jetzt zu erkennenden Strafe liegt. Die Strafe wird gemindert: 1) wenn der Thäter aus Mangel an Unterricht, wegen Verstandesschwäche oder Trunkenheit (insofern diese Zustände die Zurechnung nicht ausschließen oder erheblich vermindern) die Strafwürdigkeit und die ganze Gefährlichkeit seiner Handlung nicht eingesehen hat; 2) wenn er durch Ueberredung, arglistige Versprechen, Befehl oder Drohungen (sofern diese die Strafbarkeit nicht ausschließen) zu dem Verbrechen verleitet ist; 3) wenn er durch eine, die Strafbarkeit nicht aufhebende Noth zu dem Verbrechen veranlaßt ist; 4) wenn eine ungesuchte günstige Gelegenheit ihn zu der That fortgerissen hat; 5) wenn er in zufällig entstandener, an sich zu entschuldigender Gemüthsbewegung gehandelt hat; 6) wenn sein bisheriger Lebenswandel oder sein Benehmen bei Ausführung der That ihn als weniger gefährlich darstellt, insbesondre: a) wenn er seine Genossen von größerem Schaden abgehalten hat; b) wenn er die schädlichen Folgen des Verbrechens zu verhindern sucht; c) wenn er den verursachten Schaden zu vergüten freiwillig bemüht ist; d) wenn der zurücktretende Anstifter, Theilnehmer oder Gehilfe, den Umständen nach zu erwarten berechtigt war, daß die Ausführung des Verbrechens unterbleiben werde; e) wenn der Schuldige sich selbst dem Gerichte anzeigt; f) wenn er in der Untersuchung vor der Ueberführung seine Schuld bekennt; 7) wenn, seiner bürgerlichen Verhältnisse oder seines vorgerückten Lebensalters wegen, die Strafe ihn besonders hart trifft; 8) wenn seit Verübung des Verbrechens längere Zeit verflossen ist und er inzwischen keine neuen Verbrechen beging; 9) wenn bei dem Zusammentreffen mehrerer, nicht durch dieselbe Handlung begangener Uebertretungen, durch Zusammenrechnung der vollen verwirkten Strafen ein verhältnißmäßig zu hartes Strafübel entstehen würde. Das thüring. Strafgesetzb. Art. 42, 44 will die Strafen einestheils nach der Schädlichkeit und Gefährlichkeit des Verbrechens, anderntheils nach den Verhältnissen des Verbrechers zugemessen wissen. Aus ersterer Rücksicht steigt oder fällt die Strafbarkeit eines Verbrechens 1) nach der Größe der bei dem Verbrechen beabsichtigten oder zugefügten Beschädigung; 2) nach dem Umfange der Beschädigung oder Gefahr, je nachdem sich diese nur auf Einzelne, Mehrere, eine unbestimmte Menge, eine ganze

Digitized by Google

Gemeinde oder den Staat erſtreckt. Aus der zweiten Rückſicht ſteigt oder fällt die Strafbarkeit eines Verbrechens nach der Bösartigkeit und Stärke des auf die Hervorbringung des Verbrechens gerichteten Willens des Verbrechers, insbeſondre 1) nach der Einſicht deſſelben in den Umfang der Gefährlichkeit und die Größe der Strafwürdigkeit ſeiner Handlung; 2) nach der größeren oder geringeren Freiheit ſeines Willens, ſo daß es ihm zur Strafminderung gereicht, wenn er in einer beſonders aufgeregten und an ſich zu entſchuldigenden Gemüthsbewegung gehandelt hat; 3) nach der Veranlaſſung zu dem Verbrechen, indem die Strafbarkeit ſich erhöht, je geringfügiger die Veranlaſſung war und je mehr der Verbrecher aus eigenem Antriebe gehandelt hat, während die Strafbarkeit herabſinkt, wenn er durch Noth oder durch Ueberredung, Täuſchung, Verführung, Befehl oder Drohung zu dem Verbrechen veranlaßt wurde; 4) nach den Beweggründen, ſo daß die Strafbarkeit ſteigt, je zahlreicher und wichtiger die Beweggründe für die Unterlaſſung des Verbrechens waren, je mannichfacher und größer die Pflichten waren, welche der Verbrecher verletzt hat, und je mehr derſelbe im Stande war, die Beweggründe und Pflichten zu erkennen; 5) nach den Mitteln, welche zum Behufe der Ausführung des Verbrechens in Anwendung gebracht wurden; in dieſer Hinſicht ſoll die Verabredung mit Anderen zur Begehung des Verbrechens, die größere Zahl der Theilnehmer und ſonſt die größere Verwerflichkeit und Gefährlichkeit der Mittel ſtraferhöhend wirken; 6) nach der Art der Ausführung des Verbrechens ſelbſt, ſo daß die Strafbarkeit ſteigt, je mehrere und größere Hinderniſſe oder Gefahren die Ausführung erſchwerten, und je mehr Gefliſſenheit, Liſt, Dreiſtigkeit oder Grauſamkeit bei der Ausführung angewendet wurden. Bei verſuchten Verbrechen erhöht ſich die Strafbarkeit hauptſächlich noch mit der größeren Annäherung an die Vollendung der That, und je mehr die Ausführung durch äußere, von dem Thäter unabhängige Umſtände verhindert wurde. Nach Art. 45 ſoll nächſt den im Art. 42 angegebenen Rückſichten die Strafe um ſo höher zugemeſſen werden, je mehr der Thäter die Gefährlichkeit ſeiner Handlung einſah, oder je mehr er im Stande war, die Entſtehung des rechtswidrigen Erfolges und deſſen Größe vorherzuſehen.

3) Von den Gründen der relativen Strafbarkeit bei concurrirenden Geſetzen. Von der Concurrenz der Verbrechen (concursus delictorum) und deren Eintheilungen iſt bereits in einem früheren Artikel die Rede geweſen [183]), ſowie auch von der Behandlung derſelben im gemeinen Criminalrechte. Es bleibt noch übrig, die Behandlung der Concurrenz der Verbrechen in den neuen Strafgeſetzgebungen zu erörtern [184]). In den neuen Geſetzgebungen bemerkt man verſchiedene Syſteme, welche ſich zurückführen laſſen:

183) Vgl. den Artikel Verbrechen Bd. XII, S. 144 flg.
184) Vgl. darüber Mittermaier Note II zu Feuerbach §. 126.

Digitized by Google

1) auf das Cumulationssyſtem, nach welchem alle verwirkten Strafen vereint zur Anwendung kommen; 2) auf das Verbüßungsſyſtem, nach welchem nur die Strafe des ſchwerſten Verbrechens zur Anwendung kommt und die übrigen damit als abgebüßt gelten (poena maior absorbet minorem); 3) auf das Strafſchärfungsſyſtem oder das Syſtem der ſtellvertretenden und ausgleichenden Strafhäufung [185]). Das Cumulationsſyſtem kann in ſeiner vollen Conſequenz nicht durchgeführt werden. Neben der Todesſtrafe muß ohnehin jede andere Strafe, außer etwa Geldſtrafe und Confiscation wegfallen, und auch bei lebenslänglicher Freiheitsſtrafe wäre eine Zuerkennung verwirkter zeitlicher Freiheitsſtrafen daneben widerſinnig. Ein Zuſammenrechnen aller verwirkter Freiheitsſtrafen würde ungerecht werden, weil durch ein Zuſammenrechnen aller zu verſchiedenen Zeiten verdienter Strafübel die Intenſität des Strafübels nicht in arithmetiſcher, ſondern in geometriſcher Progreſſion geſteigert würde, was eine Ungerechtigkeit begründen würde. Wenn auch manche neuere Geſetzgebung das Cumulationsſyſtem (wovon ſpäter bei der Darſtellung der einzelnen Geſetzgebungen die Rede ſein wird) zu Grunde legt, ſo hat es doch keine conſequent durchführen können; man hat ſich immer zu größeren oder geringeren Modificationen deſſelben genöthigt geſehen. Das Verbüßungsſyſtem verletzt leicht die Forderungen der bürgerlichen Sicherheit und ſelbſt der Gerechtigkeit. Das Strafſchärfungsſyſtem oder Syſtem der ſtellvertretenden und ausgleichenden Strafhäufung iſt gewiß das zweckmäßigſte; es kommt aber darauf an, wie es durchgeführt wird. Der Geſetzgeber hat ſich zwei Fragen zu beantworten. Die erſte Frage iſt: ob es gerecht iſt, den Verbrecher auch alle Strafen der von ihm verübten Verbrechen abbüßen zu laſſen? Die zweite Frage iſt: wie kann mit Feſthaltung des Grundſatzes, daß der Thäter für alle Verbrechen Strafe leide, die nothwendige Ausgleichung am beſten geſchehen? In der zweiten Rückſicht kann der Geſetzgeber wieder von zwei möglichen Syſtemen ausgehen. 1) Entweder ſtellt er den Grundſatz, daß die Strafe der ſchwerſten Uebertretung eintrete, an die Spitze, läßt aber wegen der übrigen begangenen Verbrechen eine Schärfung der verwirkten Strafe eintreten, oder er kann 2) den Grundſatz der Cumulation an die Spitze ſtellen, aber ihn durch verſchiedene andere Beſtimmungen einſchränken und zwar a) daß die einzelnen Strafen der Verbrechen um etwas abgekürzt, b) daß verſchiedene zuſammentreffende Strafarten verwandelt werden, und c) bei einigen Strafarten nach der Natur derſelben keine Cumulation zugelaſſen wird. Das erſte Syſtem iſt das des öſterreichiſchen und waadtländiſchen Strafgeſetzbuches. Das zweite Syſtem iſt das der meiſten neuen teutſchen Strafgeſetzbücher; es iſt ſehr complicirt, führt zu Härten, welche der Geſetzgeber nicht vorhergeſehen hat und zu Unge-

185) Ueber dieſe Syſteme ſ. Krug, von der Concurrenz S. 4. Köſtlin, Reviſion S. 880. Bauer, Abhandl. Bd. 2, S. 41, 54.

Digitized by Google

rechtigkeiten, z. B. wenn man ſtatt mehrerer nicht entehrender Strafen (wenn auch mit Abkürzung) zu der entehrenden Strafart überſpringt. In der ganzen Lehre muß, wenn man das Practikerſyſtem gehörig durchführt und die bunte Muſterkarte der Strafarten aufgiebt, vorzüglich die überall in Verlegenheit ſetzenden entehrenden Strafen aus dem Geſetzbuche ſtreicht, auch ein anderes und weit einfacheres Syſtem eingeführt werden. Die Lehre von der Concurrenz hat aber noch einen wichtigen proceſſualiſchen Zuſammenhang. Wo der Anklageproceß beſteht, wird das über Anklage urtheilende Gericht die Verbrechen beſtimmen, wegen welcher die Anklage ſtattfinden ſoll und wo mündliche Verhandlung eingeführt iſt, muß nothwendig eine Beſchränkung der Verhandlungen vorkommen, weil ſonſt durch die Verhandlung vieler verſchiedenartiger Verbrechen Verwirrung in dem Verfahren entſtehen kann. Es iſt einer der größten Nachtheile des gemeinrechtlichen Inquiſitionsproceſſes, daß darin eine faſt ſchrankenloſe Willkür des Inquirenten in Beziehung auf Ausdehnung der Unterſuchung auf vielerlei Verbrechen begünſtigt iſt und der Proceß auf eine ſehr koſtſpielige Weiſe verlängert werden kann. Indeſſen iſt hier in den meiſten teutſchen Ländern durch Einführung des Anklageproceſſes mit Mündlichkeit der Verhandlung nachgeholfen worden, ſo daß jener Nachtheil des Inquiſitionsproceſſes nur noch in wenigen teutſchen Ländern, welche das alte Criminalverfahren beibehalten haben, empfunden wird. — Die Syſteme der Behandlung der Concurrenz der Verbrechen in den neuen Strafgeſetzgebungen ſind verſchieden. A. Einige Geſetzgebungen ſtellen, ohne Unterſcheidung der verſchiedenen Arten der Concurrenz, den allgemeinen Satz auf, daß die ſchwerſte Strafe die anderen abſorbire und zwar ſo, daß der Thäter nach dem Verbrechen, auf welches die ſchwerſte Strafe geſetzt iſt, jedoch mit Bedacht auf die übrigen Verbrechen zu beſtrafen ſei, z. B. das öſterreichiſche Strafgeſetzbuch §. 34, welches im §. 35 die Beobachtung dieſer Vorſchrift auch in dem Falle anbefiehlt, wenn Verbrechen mit Vergehen oder Uebertretungen zuſammentreffen. Die in den §§. 28, 29 für Verbrechen durch Druckſchriften feſtgeſetzten beſonderen Beſtimmungen ſollen jedoch in dem Falle eines Zuſammentreffens von mehreren Verbrechen oder von Verbrechen mit Vergehungen oder Uebertretungen nebſt der ſonſtigen geſetzlichen Strafe auch dann in Anwendung gebracht werden, wenn auch nur eine der zuſammentreffenden ſtrafbaren Handlungen durch den Inhalt einer Druckſchrift begangen wurde. Ebenſo ſoll in dem Falle, wenn auch nur auf eine dieſer zuſammentreffenden ſtrafbaren Handlungen in dem Strafgeſetzbuche oder in einem anderen Geſetze eine Geldſtrafe oder eine der im §. 240. lit. b. und c. des Strafgeſetzbuches beſtimmten Strafen feſtgeſetzt iſt, nebſt der ſonſtigen geſetzlichen jedenfalls auch dieſe beſondere Strafe gegen den Schuldigen erkannt werden. Nach §. 44. lit. a. und b. des Strafgeſetzbuches iſt die Begehung mehrerer verſchiedenartiger Verbrechen oder die Wiederholung deſſelben Verbrechens ein Erſchwerungs-

Digitized by Google

grund. B. Andere Gesetzgebungen stellen den Satz auf, daß nur die schwerste der verwirkten Strafen erkannt werde, ebenfalls ohne Unterschied der Art der Concurrenz, z. B. der Code d'instruct. art. 365. 379. Ueber die Anwendung dieser Regel ist freilich in Frankreich viel Streit, indem der Cassationshof oft zweierlei unterschied, ob die durch die verschiedenen Verbrechen verwirkten Strafen von verschiedener oder von derselben Art sind. Im zweiten Falle ließ er die Strafen zusammenrechnen; im ersten soll nur die schwerste Strafe eintreten. Allein diese Ansicht steht mit dem Gesetze nicht im Einklang, welches nicht unterscheidet[186]). Nach dem Code pénal finden Ausnahmen von dem Grundsatze bei einigen Verbrechen statt (Code pénal art. 220. 245). Bei Geldstrafen wollen manche Schriftsteller den Grundsatz nicht anerkennen und alle Geldstrafen cumuliren lassen[187]). Streit ist in der Praxis, ob bei einigen Ausnahmsgesetzen, welche nicht im Code pénal bedroht sind, der Grundsatz anzuwenden sei. Eine Schwierigkeit entsteht in der Praxis, die Schwere der verschiedenen Strafen unter sich zu vergleichen und besonders über das Verhältniß der accessorischen Strafen zu Hauptstrafen. Man läßt z. B., wenn durch zwei Strafen öffentliche Ausstellung als Nebenfolge verwirkt ist, nur Eine Ausstellung eintreten; aber die Nebenfolge der Stellung unter Polizeiaufsicht wegen eines Vergehens läßt man neben einer anderen Hauptstrafe erkennen[188]). Daß da, wo das Maximum der schwersten Strafen wegen der Verschuldung des Falles nicht erreicht wird, wenn das Verbrechen allein zu bestrafen wäre, wegen der übrigen zusammentreffenden Verbrechen der Richter bis zu dem Maximum steigern darf, ist in der französischen Rechtsprechung anerkannt. — In England gilt der Grundsatz, daß bei Anklagen wegen felony nur Ein Verbrechen Gegenstand der Anklage und Verhandlung sein kann, weil man es für hart gegen den Angeklagten und störend für die Urtheilsfällung hält, wenn mehrere Anklagen vereinigt werden. C. Andere Gesetzgebungen stellen bei Freiheitsstrafen die Regel auf, daß die Strafe des schwersten Verbrechens verschärft oder verlängert werde, jedoch so, daß die Summe aller Strafen der verschiedenen Verbrechen nicht überschritten wird und lassen mehrere Geldstrafen neben einander und neben der Lebensstrafe und Leibesstrafe erkennen, z. B. das preuß. Landrecht §. 54—57. D. Andere Gesetzgebungen unterscheiden die ideale Concurrenz von der realen und nehmen bei der ersteren nur die Strafe der schwersten Uebertretung an, rechnen bei fortgesetzten Verbrechen alle Handlungen für eine einzige That, stellen aber bei der realen Concurrenz die Regel auf, daß die verwirkten Strafen verbunden werden können und, wenn die Verbindung unmöglich ist,

186) Hélie, theorie T. II. p. 339.

187) Siehe dagegen Hélie T. I. p. 258. und andere von Mittermaier a. a. O. angeführte Schriftsteller.

188) Sellyer, traité du droit criminel T. I. p. 405.

Digitized by Google

die schwerste der zusammentreffenden Strafen allein, jedoch mit äußerlicher Schärfung angewendet werden soll. Dies ist das System des bayer. StGB. Art. 108—110, oldenb. StGB. Art. 113—115. Wenn mehrere Freiheitsstrafen so zusammentreffen, daß die Dauer derselben die Grenzen überschreiten würde, welche das Gesetz für jede einzelne Strafart festsetzt, sollte dies angewendet werden. Viele Novellen zur Erläuterung wurden nothwendig[189]). Dieses System fand keinen Beifall in der Praxis und schon in dem Entwurfe von 1822 Art. 90 und in dem späteren Entwurfe z. B. von 1831 Art. 112 wurde der Satz aufgestellt, daß das Verbrechen nach derjenigen Art zu bestrafen sei, auf welche die schwerere Strafe gesetzt ist, und daß die übrigen als besondere Erschwerungsgründe bei der Zumessung der Strafe zu berücksichtigen seien[190]). Die Erfahrung in Bayern lehrte, daß theils durch die Zusammenrechnung der Strafen große Härte entstand, theils daß die Vorschriften doch nicht vollständig waren, z. B. für den Fall, wo der Verbrecher rechtskräftig abgeurtheilt ist, und ehe er die Strafe antrat oder erstand, ein neues Verbrechen verübte, keine Vorschrift bestand[191]). Das luzerner StGB. Art. 84 stellt, wie das bayerische, den Grundsatz der Verbindung der verwirkten Strafen auf, mit der Ausnahme, wenn Todesstrafe mit anderen Strafen zusammentrifft. Das preuß. StGB. §. 55 will im Falle der idealen Concurrenz das Strafgesetz zur Anwendung gebracht wissen, welches die schwerste Strafe androht. Nach §. 56 ist im Falle der realen Concurrenz auf sämmtliche durch die verschiedenen zusammentreffenden Verbrechen verwirkten Strafen zu erkennen. Im §. 57 ist die Vorschrift des §. 56 durch folgende Bestimmungen beschränkt: 1) ist auf mehrere zeitliche Freiheitsstrafen vereinigt zu erkennen, so darf in dieser Vereinigung niemals die Dauer von 20 Jahren und, sofern nur Vergehen vorliegen, niemals die Dauer von 10 Jahren überschritten werden; 2) sind die in Vereinigung zu erkennenden Strafen von verschiedener Art, so ist unter Verkürzung ihrer Gesammtdauer auf die schwerste dieser Strafarten zu erkennen; 3) die Gefängnißstrafe kann in diesem Falle die Dauer von 5 Jahren, jedoch niemals die Dauer von 10 Jahren übersteigen. E. Das altenb. StGB. Art. 49 (sächs. StGB. von 1838) will im Falle der realen Concurrenz, wenn die mehreren Handlungen nicht als Fortsetzung eines und desselben Verbrechens anzusehen sind, in der Regel sämmtliche durch die verschiedenen Verbrechen verwirkten Strafen erkannt wissen; nur wenn der Verbrecher wegen eines oder mehrerer begangener Verbrechen mit Todesstrafe oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe zu belegen ist, soll nach Art. 52 auf die übrigen Verbrechen bei Abmessung der Strafe keine

189) Gönner, Jahrb. der Gesetzgebung in Bayern Bd. 1, S. 170.

190) Siehe Gönner, Motiven zum Entwurfe von 1828 S. 203. Derselbe, Jahrb. der Gesetzg. in Bayern Bd. 1, S. 102 und Motiven zum Entwurfe von 1827 S. 57 flg.

191) S. darüber Arnold im Archiv des Criminalr. 1844 S. 199.

Digitized by Google

Rücksicht genommen werden. Hat jedoch Jemand mehrerer noch unbestrafter Diebstähle, Veruntreuungen, Betrügereien oder im Art. 166 unter 2. angegebener Erpressungen sich schuldig gemacht, so ist nach Art. 50, insoweit diese Verbrechen nach gleichen Grundsätzen in Hinsicht auf die Abmessung der Strafe nach dem Betrage zu beurtheilen sind, der Betrag der Verbrechen derselben Art, sowie der nach Art. 59 damit gleichartigen zusammen zu rechnen und hiernach die den Verbrecher treffende Strafe zu bestimmen. Treffen aber solche Eigenthumsverbrechen zusammen, wobei die Strafe zwar auch nach dem Betrage, jedoch nicht nach gleichen Grundsätzen abgemessen wird, so ist zwar bei Bestimmung der Strafe zunächst jedes Verbrechen für sich zu beurtheilen; es kann jedoch für dieselben zusammengenommen niemals eine höhere Strafe erkannt werden, als ausfallen würde, wenn sie insgesammt gleichartige Verbrechen der schwereren Art wären und mithin den Geldbeträgen nach zusammengerechnet werden könnten. Mehrere zusammentreffende zeitliche Freiheitsstrafen verschiedener Art sind nach Art. 53 in die schwerste derselben zu verwandeln und zwar in der Maaße, daß 1 Jahr Gefängniß 8 Monaten Arbeitshaus und 6 Monaten Zuchthaus gleichgerechnet wird. Bei mehreren auf diese Weise durch Zuchthaus oder Arbeitshaus zu verbüßenden Verbrechen fällt nach Art. 55 rücksichtlich der concurrirenden Gefängnißstrafen, bei welchen außerdem die Verwandlung in Handarbeit oder Geldbuße zulässig ist, die dem Richter sonst zustehende Wahl weg. Bei zusammentreffenden zeitlichen Freiheitsstrafen derselben Art, sowie bei Verwandlung geringerer Freiheitsstrafen in höhere, findet nach Art. 56 die im Art. 17 vorgeschriebene Beschränkung der Dauer der Zuchthaus- und Arbeitshausstrafen (zeitliche Zuchthausstrafe soll nicht über 25 Jahre, Arbeitshaus nicht über 6 Jahre erkannt werden) keine Anwendung. Wenn jedoch die bei einem solchen Zusammentreffen zu erkennende Freiheitsstrafe die wahrscheinliche Lebensdauer des Verbrechers übersteigt, so ist der Richter ermächtigt, die Strafzeit in angemessener Weise zu verkürzen, obwohl niemals unter die im Art. 17 für die verschiedenen Strafen bestimmte längste Zeitfrist. F. Das thüring. StGB. Art. 50—53 will, wenn Jemand durch eine und dieselbe Handlung oder durch mehrere auf denselben Zweck gerichtete Handlungen mehrere Verbrechen begangen hat, nur die Strafe des schwersten Verbrechens erkannt wissen, jedoch unter Berücksichtigung des Zusammentreffens der anderen Verbrechen bei der Zumessung dieser Strafe; auch kann nach Befinden eine Schärfung in Anwendung gebracht werden. Treffen bei einem Verbrechen mehrere Umstände zusammen, weshalb dasselbe mit höheren Strafsätzen bedroht ist, so ist auf die dem am meisten erschwerenden Umstande entsprechende Strafe zu erkennen und das Hinzutreten der übrigen erschwerenden Umstände als Grund einer höheren Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafmaaßes zu berücksichtigen. Wurde von dem Verbrecher dasselbe Verbrechen mehrfach in Beziehung auf ein dauerndes Verhältniß

Digitized by Google

begangen, oder erscheinen die mehrfachen Uebertretungen desselben Strafgesetzes als fortschreitende Ausführung des nämlichen Entschlusses oder als Bestandtheile einer und derselben That, so sind die mehrfachen Uebertretungen nur als ein einziges Verbrechen zu bestrafen, die Fortsetzungen desselben und ihre Zahl jedoch als Grund höherer Strafbarkeit zu betrachten. Hat ein Verbrecher durch mehrere Handlungen, welche nicht als Fortsetzung eines und desselben Verbrechens anzusehen sind, sich mehrerer Verbrechen schuldig gemacht, so sind die sämmtlichen durch die verschiedenen Verbrechen verwirkten Strafen gegen ihn zu erkennen, vorbehältlich der sich aus dem Zusammentreffen der Strafen etwa ergebenden Einschränkung (Art. 54 flg.). Hat sich jedoch Jemand mehrerer der im Art. 47 unter Nr. 3 aufgeführten Verbrechen gegen das Eigenthum (Diebstahl, Veruntreuung, Betrug oder Fälschung aus Gewinnsucht und die im Art. 157 gedachte Erpressung) schuldig gemacht, und sind diese Verbrechen nach gleichen, mit Rücksicht auf den Betrag des Verbrechens abgestuften Strafsätzen zu beurtheilen, so ist der Betrag der mehreren Verbrechen zusammen zu rechnen und der Verbrecher nach dem für diesen Gesammtbetrag geltenden Strafsatze zu beurtheilen. Richtet sich die Strafe der mehreren Verbrechen der gedachten Art zwar auch nach dem Betrage, sie ist aber bei dem einzelnen Verbrechen durch das Gesetz nach verschiedenen Regeln abgemessen, so ist bei Bestimmung der Strafe jedes Verbrechen für sich zu beurtheilen; es kann jedoch für dieselben zusammengenommen niemals eine höhere Strafe erkannt werden, als auszusprechen sein würde, wenn die sämmtlichen Verbrechen der schwereren Art angehörten und ihr Betrag zusammengerechnet werden müßte. Nach Art. 54 — 56 gelten über das Zusammentreffen von Strafen folgende Bestimmungen. Ist ein Verbrecher wegen eines oder mehrerer Verbrechen mit Todesstrafe oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe zu belegen, so soll auf andere von ihm begangene Verbrechen weiter keine Rücksicht genommen werden. Sind zeitliche Freiheitsstrafen verschiedener Art von einem Verbrecher verwirkt, so sollen die Strafen geringerer Art nach dem in dem Schlußsatze des Art. 10 aufgestellten Maaßstabe in die höchste Strafart verwandelt werden; dabei ist das höchste Maaß der Arbeitshausstrafe und zeitlichen Zuchthausstrafe nach Art. 10 (20 Jahre Zuchthaus, 10 Jahre Arbeitshaus) einzuhalten und die etwa überschießende Zeit ist gänzlich in Wegfall zu bringen, nach Befinden jedoch an ihrer Stelle auf eine Schärfung zu erkennen. Die in Folge der Verwandlung sich ergebende Gesammtdauer der höheren Strafart ist nur nach Jahren und Monaten zu erkennen und eine überschießende Zeit unter 1 Monat unberücksichtigt zu lassen, außer wenn die Gesammtdauer nicht einmal 1 Jahr erreicht, in welchem Falle bis auf Wochen zu erkennen ist und nur überschießende Tage in Wegfall kommen sollen. Trifft Gefängnißstrafe mit höheren Freiheitsstrafen zusammen, so kann der Richter von der bei der Gefängnißstrafe ihm sonst etwa zustehenden Befugniß, Handarbeit oder

Digitized by Google

Geldstrafe an deren Stelle zu erkennen, keinen Gebrauch machen. Zusammentreffende Freiheitsstrafen derselben Art sollen zusammengerechnet werden; jedoch ist bei Zuchthausstrafe und Arbeitshausstrafe die längste Dauer derselben nach Art. 10 nicht zu überschreiten; die etwa überschießende Zeit soll in Wegfall kommen und nach Befinden auf eine Schärfung erkannt werden. Sind Gefängnißstrafen zusammen zu rechnen und es befindet sich darunter eine wegen eines Verbrechens, welches in seinen höheren Strafsätzen mit Arbeitshausstrafe bedroht ist, so kann der Richter, wenn die Gesammtdauer der Gefängnißstrafe 6 Monate übersteigt, diese Strafe nach seinem Ermessen unter Berücksichtigung des in dem Schlußsatze des Art. 10 angegebenen Verhältnisses in Arbeitshaus verwandeln. G. Das württemberg. StGB. Art. 115 will, wenn mehrere, mit Freiheitsstrafe bedrohte, noch unbestrafte Verbrechen oder Vergehen derselben Person in Einer Untersuchung zusammentreffen, wo nicht der Art. 118 oder der besondere Theil des Gesetzbuches etwas Anderes verordnet, die Strafe des schwersten Verbrechens, mit entsprechender Erhöhung derselben, welche von einem Viertheil bis zu drei Viertheilen des gesammten Betrages der Strafen der mit jenem Verbrechen zusammentreffenden geringeren Verbrechen oder Vergehen auszumessen ist, erkannt wissen. Sind die zusammentreffenden Verbrechen oder Vergehen mit Freiheitsstrafen verschiedener Art bedroht, so werden, zum Behuf der Ausmittelung der Strafe, die gelinderen Strafarten in die härtere, nach Maßgabe des Art. 50 verwandelt. Sollte hierbei die für ein Verbrechen oder Vergehen verwirkte, der Strafart nach gelindere Freiheitsstrafe auch nach erfolgter Verwandlung das Maaß der gleichzeitig verwirkten, der Art nach härteren Strafe übersteigen, so ist die so verwandelte Strafe, als die des schwersten Verbrechens, bei Ausmessung der Gesammtstrafe zu Grunde zu legen. Nach Art. 116 ist, wenn innerhalb der gesetzlichen Grenzen der zu erkennenden Strafart (Art. 115) unter Anwendung der hierbei zulässigen Schärfungen, die zusammentreffenden Verbrechen oder Vergehen nicht genügend geahndet werden können, auf die zunächst höhere Strafart überzugehen, jedoch die Gefängnißstrafe niemals in Arbeitshausstrafe zu verwandeln; ein Uebergang von lebenslänglichem Zuchthause zur Todesstrafe ist unzulässig; die Bestimmung, daß von zeitlichem Zuchthause zu lebenslänglichem nur dann aufgestiegen werden kann, wenn eins der zusammentreffenden Verbrechen wenigstens mit 20 Jahren Zuchthaus zu bestrafen ist und der Betrag der durch die übrigen Verbrechen oder Vergehen verwirkten Strafen dem höchsten Maaße des zeitlichen Zuchthauses sich nähert, ist durch Art. 1, 2 des Gesetzes vom 14. April 1855 dahin geändert, daß nicht mehr zu lebenslänglichem, sondern nur zu 30jährigem Zuchthause aufgestiegen werden kann, wenn eins der zusammentreffenden Verbrechen mindestens mit 16 Jahren Zuchthaus bedroht ist und der Betrag der durch die übrigen Verbrechen verwirkten Strafen 20jähriger Zuchthausstrafe sich nähert. Nach Art. 117 werden durch die Todesstrafe

Digitized by Google

oder lebenslängliche Zuchthausstrafe alle andere Strafen wegen zusammentreffender Verbrechen ausgeschlossen. Bei der zeitlichen Zuchthausstrafe sollen nach Art. 118 zusammentreffende Vergehen, welche mit Gefängniß bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind, bei der Arbeitshausstrafe aber solche, welche mit Bezirksgefängniß oder Geldbuße bedroht sind, keine Erhöhung bewirken. Nach Art. 122 sollen, wenn mehrere strafbare Handlungen derselben Art nur als Ein fortgesetztes Verbrechen zu betrachten sind, zwar die einzelnen Handlungen zusammen als ein einziges Verbrechen bestraft werden, jedoch so, daß die Strafe innerhalb der im Gesetze bestimmten Grenzen erhöht und erforderlichen Falles durch gesetzlich erlaubte Zusätze geschärft wird. Nach Art. 123 soll, wenn Jemand durch Eine Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz gegen verschiedene Personen übertreten hat, die Strafe der schwersten Uebertretung, jedoch mit angemessener Erhöhung oder Schärfung angewendet werden. Der Art. 17 des Gesetzes vom 13. August 1849 hat die angeführten Bestimmungen der Art. 115—122 des Strafgesetzbuches nur auf solche noch unbestrafte Verbrechen und Vergehen derselben Person für anwendbar erklärt, welche begangen wurden, noch ehe die Versetzung in den Anklagestand oder die Verweisung vor ein Schwurgericht wegen eines derselben erkannt und eröffnet ist; diese Bestimmungen finden keine Anwendung, wenn ein zusammentreffendes Verbrechen oder Vergehen zur Untersuchung und Bestrafung kommt, nachdem die Strafe wegen eines anderen vollzogen ist, außer wenn durch letztere Strafe eine andere ausgeschlossen würde. In dem besonderen Theile des Strafgesetzbuches Art. 178 und 396 kommen noch besondere Bestimmungen über reale Concurrenz vor. H. Das bad. StGB. §. 170 spricht den Grundsatz aus, daß, wenn mehrere mit zeitlichen Freiheitsstrafen bedrohte Verbrechen derselben Person als Gegenstand des nämlichen Strafurtheiles zusammentreffen, wo nicht ein besonderes Gesetz etwas Anderes verordnet, die schwerste der verschuldeten Strafen, mit angemessener Erhöhung derselben, zu erkennen ist. Nach §. 171 geschieht die Erhöhung mittelst Hinzurechnung von wenigstens einem Drittheil und höchstens zwei Drittheilen der übrigen Strafen. Nach §. 172 werden bei dem Zusammentreffen von Verbrechen, welche mit Freiheitsstrafen verschiedener Art bedroht sind, um das Maaß der Erhöhung der verschuldeten schwersten Strafe zu bestimmen, die gelinderen Strafarten nach Maßgabe des §. 165 (6 Monate Zuchthaus sind gleich 9 Monaten Arbeitshaus, 6 Monate Arbeitshaus 9 Monaten Gefängniß) in die härteren verwandelt. Nach §. 173 kann der Richter bei der Erhöhung das höchste Maaß der Strafart, zu welcher die verschuldete schwerste Strafe gehört, wenn sie in Gefängniß oder Arbeitshaus besteht, so weit überschreiten, als durch die Hinzurechnung von höchstens zwei Drittheilen der übrigen Strafen nöthig wird. Nach §. 174 besteht für den Fall zusammentreffender Verbrechen das höchste Maaß der zeitlichen Zuchthausstrafe in 30 Jahren, das höchste

Digitized by Google

Maaß der Arbeitshausstrafe in 20 Jahren, das höchste Maaß der Kreisgefängnißstrafe in 6 Jahren. Durch die Todesstrafe und durch die lebenslängliche Zuchthausstrafe werden nach §. 175 alle anderen Strafen oder Strafzusätze wegen zusammentreffender Verbrechen ausgeschlossen. Nach §. 177 werden zusammentreffende Geldstrafen zusammengerechnet und kommen, ohne Rücksicht auf die Größe der Summe, in ihrem Gesammtbetrage zur Anwendung. Treffen Geldstrafen und zeitliche Freiheitsstrafen mit einander oder mit Dienstentsetzung oder Dienstentlassung zusammen, so kommen nach §. 178 diese Strafen neben einander zugleich zur Anwendung. Nach §. 180 werden mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes durch Handlungen, welche zusammen als Ausführung des nämlichen, auf ein bestimmtes Verbrechen gerichteten Entschlusses erscheinen, und ebenso mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes, welche als Folgen der nämlichen fahrlässigen Handlung zu betrachten sind, als Bestandtheile oder Fortsetzungen einer und derselben That angesehen und als ein einziges (fortgesetztes) Verbrechen bestraft, wobei zwar die Fortsetzungen und deren Zahl als Gründe erhöhter Strafbarkeit in Betracht kommen, jedoch das höchste Maaß der auf das Verbrechen gesetzten Strafe nicht überschritten werden darf. Hat Jemand durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz gegen verschiedene Personen übertreten, so wird er nach §. 182, wo nicht ein besonderes Gesetz etwas Anderes verordnet, zu der Strafe verurtheilt, welche auf die schwerste Uebertretung gesetzt ist, wobei aber die gleichzeitigen anderen Uebertretungen ebenfalls als Gründe erhöhter Strafbarkeit in Betracht kommen, jedoch auch nur in der Art, daß das höchste Maaß der auf die schwerste Uebertretung gesetzten Strafe nicht überschritten werden darf. I. Das dem badischen nachgebildete thurgauische StGB. Art. 85 spricht einfach aus, daß bei Zusammentreffen der schwersten Strafe mit angemessener Erhöhung niemals über das Doppelte und wenn durch die Verdoppelung das höchste Maaß der Strafart überschritten wurde, auf höhere Strafart (jedoch niemals bis zur Todesstrafe oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe) erkannt werde. In dem hess. StGB. Art. 104—110 sind über das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen folgende Bestimmungen enthalten. Ist Jemand mehrerer Verbrechen oder Vergehen schuldig, so sollen die sämmtlichen verwirkten Strafen, soweit sie ihrer Natur nach neben einander bestehen können, gleichzeitig gegen ihn erkannt werden, jedoch mit Beobachtung folgender Ausnahmen und Vorschriften. Trifft die Todesstrafe oder lebenslängliche Zuchthausstrafe mit irgend einer anderen Strafe zusammen, so ist nur auf erstere zu erkennen. Trifft die Gefängnißstrafe mit einer anderen Freiheitsstrafe auf bestimmte Zeit zusammen, so bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen, bei der Zumessung der letzteren, jedoch nur innerhalb der für die Dauer derselben bestimmten Grenzen, auf diesen erschwerenden Umstand Rücksicht zu nehmen. Sind zugleich Zuchthausstrafen

Digitized by Google

auf bestimmte Zeit und Correctionshausstrafen verwirkt, so werden die Correctionshausstrafen, jedoch nur in der Hälfte ihrer Dauer, als Zuchthausstrafe in Ansatz gebracht. Sind nur Zuchthausstrafen auf bestimmte Zeit oder nur Correctionshausstrafen verwirkt, oder wird in Gemäßheit der unmittelbar vorhergehenden Bestimmung die Correctionshausstrafe in Zuchthausstrafe verwandelt, so sollen die Gerichte die wegen der schwersten That zu verhängende Strafe ganz in Aufrechnung bringen. Die wegen der übrigen Verbrechen verwirkten Strafen sind nur bis zu zwei Drittheilen anzusetzen. Es darf jedoch in keinem Falle die vereinigte Zuchthausstrafe die Dauer von 18 Jahren und die vereinigte Correctionshausstrafe die Dauer von 10 Jahren übersteigen. Sind nur Gefängnißstrafen verwirkt, so ist die wegen der schwersten That zu verhängende Strafe ganz in Aufrechnung zu bringen und es sind die wegen der übrigen Verbrechen verwirkten Strafen nur bis zu zwei Drittheilen anzusetzen; es darf jedoch in keinem Falle die Dauer der vereinigten Gefängnißstrafe 3 Monate übersteigen. Nur bei Diebstahl, Unterschlagung, Fälschung und Betrug muß, wenn die geschärfte Gefängnißstrafe nicht ausreicht, zu einer höheren Strafart übergegangen werden. Jedoch ist in Fällen dieser Art Correctionshausstrafe nicht über 3 Jahre zu erkennen. Reicht diese Strafe nicht aus, so ist zur Zuchthausstrafe überzugehen. Diese Bestimmungen sind mit wenigen Veränderungen in das nassauische Strafgesetzbuch Art. 99—106 übergegangen. Sie sind aber für das Großherzogthum Hessen durch das Gesetz vom 23. Februar 1849 (Art. 6—16 dieses Gesetzes sind auch in Frankfurt publicirt) aufgehoben und durch folgende Vorschriften ersetzt worden. Ist ein zu Bestrafender mehrerer Verbrechen oder Vergehen schuldig, so sollen die sämmtlichen verwirkten Strafen, soweit sie ihrer Natur nach neben einander bestehen können, gegen denselben erkannt werden, jedoch mit Beobachtung derjenigen Ausnahmen und Vorschriften, welche in den Artikeln 8—16 des angeführten Gesetzes und im besonderen Theile des Strafgesetzbuches Tit. 42, 43, 44 vom Diebstahl, von der Unterschlagung, von der Schriftfälschung und vom Betruge, in den Art. 375, 384 und 396 enthalten sind (Art. 7). Trifft die Todesstrafe mit irgend einer anderen Strafe zusammen, so darf nur auf die erstere erkannt werden. Dasselbe ist der Fall, wenn neben der lebenslänglichen Zuchthausstrafe noch eine geringere Strafe verwirkt ist (Art. 8). Trifft die Gefängnißstrafe mit einer anderen Freiheitsstrafe auf bestimmte Zeit zusammen, so bleibt es dem richterlichen Ermessen überlassen, bei der Zumessung der letzteren, jedoch nur innerhalb der für die Dauer derselben bestimmten Grenzen, auf diesen erschwerenden Umstand Rücksicht zu nehmen. Wird in einem solchen Falle nur wegen des erschwerenden Umstandes Correctionshausstrafe von 1 Jahr und mehr erkannt, so zieht dies nur diejenigen gesetzlichen Folgen nach sich, welche in Gemäßheit der Art. 24 und 30 des Strafgesetzbuches an die Verurtheilung zur Correctionshausstrafe von weniger als 1 Jahr ge-

knüpft sind und dieses ist im Urtheil zu bemerken (Art. 9). Sind nur Zuchthausstrafen auf bestimmte Zeit oder nur Correctionshausstrafen verwirkt, so sollen die Gerichte die wegen der schwersten That zu verhängende Strafe ganz in Ansatz bringen. — Die wegen der übrigen Verbrechen verwirkten Strafen sind von einem Drittheil bis zu zwei Drittheilen aufzurechnen (Art. 10). Sind zugleich Zuchthausstrafen und Correctionshausstrafen verwirkt, so wird auf die Correctionshausstrafen eben so, als wenn auch diese in Zuchthausstrafe beständen, die im zweiten Absatze des Art. 10 enthaltene Bestimmung zur Anwendung gebracht; jedoch darf die Dauer der hiernach zuzusetzenden Correctionshausstrafe nur zur Hälfte als Zuchthausstrafe in Ansatz gebracht werden (Art. 11). In keinem Falle darf die vereinigte Zuchthausstrafe die Dauer von 18 Jahren, und die vereinigte Correctionshausstrafe die Dauer von 10 Jahren übersteigen (Art. 12). Sind nur Gefängnißstrafen verwirkt, so ist nach den Vorschriften des Art. 10 zu verfahren. Die Dauer der vereinigten Gefängnißstrafe darf aber 3 Monate nicht übersteigen. Nur bei Diebstahl, Unterschlagung, Fälschung und Betrug muß, wenn die geschärfte Gefängnißstrafe nicht ausreicht, zu Correctionshausstrafe übergegangen werden, welche jedoch in Fällen solcher Art nicht länger als 3 Jahre zu erkennen ist (Art. 13). Festungsstrafen von mehr als 3 Monaten werden, sie mögen nur unter sich oder zugleich mit Zuchthausstrafen oder mit Correctionshausstrafen zusammentreffen, nach denselben Grundsätzen, als wenn sie Correctionshausstrafen wären, behandelt. Diese zugleich mit Correctionshausstrafe verwirkte Festungsstrafe ist in Correctionshausstrafe zu verwandeln, wobei jedoch, wenn die ursprüngliche Correctionshausstrafe hierdurch auf 1 Jahr oder weiter erhöht wird, in Hinsicht der Folgen der vereinigten Strafe, der Schlußsatz des Art. 9 zur Anwendung kommt. Sind nur Festungsstrafen verwirkt, so darf bei deren Vereinigung niemals die Dauer von 7 Jahren überschritten werden. Treffen Festungsstrafen von 3 Monaten oder weniger unter sich oder mit anderen Freiheitsstrafen zusammen, so sind sie nach den von Gefängnißstrafen geltenden Grundsätzen zu behandeln (Art. 14). Umfaßt die Untersuchung mehrere Verbrechen, deren abermalige Begehung nach Art. 94 des Strafgesetzbuches als Rückfall strafbar ist, so kommt die Strafe des Rückfalles nur einmal und zwar bei dem schwersten dieser Verbrechen zur Anwendung (Art. 15). Die Bestimmungen der Art. 7—15 finden nicht blos Anwendung, wenn die mehreren Verbrechen Gegenstand desselben Strafurtheils sind, sondern auch dann, wenn ein von dem Verurtheilten vor jener Verurtheilung begangenes Verbrechen erst nach derselben Gegenstand eines Strafurtheils wird, insofern er die bei der ersten Verurtheilung gegen ihn erkannte Strafe nicht bereits erstanden hat. In einem solchen Falle ist zur Erhöhung oder Verwandlung der in dem ersten Urtheil ausgesprochenen Freiheitsstrafe dasjenige Gericht zuständig, welches das spätere Urtheil erläßt (Art. 16). Die Art. 111, 113 des hess. StGB. stimmen

Digitized by Google

mit den §§. 180, 182 des badischen überein; der Art. 112 enthält noch die Bestimmung, daß ein fortgesetztes, nach der Vorschrift des Art. 111 zu bestrafendes Verbrechen auch dann anzunehmen sei, wenn die mehrfachen Uebertretungen desselben Strafgesetzes in Bezug auf dasselbe fortdauernde Verhältniß verübt worden sind. K. Nach dem braunschw. StGB. §. 25 hebt Todesstrafe die anderen Strafarten auf, mit Ausnahme der vollstreckbaren Geldstrafe und Confiscation. Lebenslängliche Kettenstrafe schließt die anderen Strafarten aus, mit Ausnahme der Todesstrafe, Geldstrafe und Confiscation. Sind gegen dieselbe Person zugleich mehrere zeitliche Freiheitsstrafen zu erkennen, so sind, wenn alle derselben Strafart angehören, dieselben zusammen zu rechnen und, wenn sie verschiedene Strafarten enthalten, in die zu erkennende schwerste Strafart zu verwandeln. In beiden Fällen kann jedoch niemals die längste außerordentliche Dauer der anzuwendenden Strafart überschritten werden. Bei Verwandlung der Freiheitsstrafen sollen 3 Monate Kettenstrafe 4 Monaten Zuchthaus; 1 Monat Zuchthaus 6 Wochen Zwangsarbeit, 1 Woche Zwangsarbeit 10 Tagen Gefängniß gleich geachtet, eine kürzere Strafzeit aber nicht berücksichtigt werden, außer wenn eine Strafverwandlung neben bereits erkannten unvollzogenen Freiheitsstrafen stattfindet. — Das hannöv. StGB. Art. 105—109 enthält folgende hierher gehörige Bestimmungen. Hat ein Verbrecher durch eine und dieselbe Handlung zugleich mehrere Verbrechen von gleicher oder verschiedener Art begangen, so soll die Strafe der schwersten Uebertretung, mit Schärfung derselben, zur Anwendung gebracht werden (Art. 105). Sind mehrere auf einander folgende strafbare Handlungen derselben Art entweder nur als fortschreitende Ausführung desselben verbrecherischen Beschlusses anzusehen, oder in Beziehung auf das nämliche dauernde Verhältniß begangen, oder nur als Bestandtheile und Stufen einer und derselben That zu betrachten, so werden die einzelnen Handlungen zwar nur für eine einzige That gerechnet; es ist jedoch diese Fortsetzung bei Bestimmung der Strafe als ein besonderer Erschwerungsgrund zu berücksichtigen (Art. 106). Hat der zu Bestrafende durch mehrere Handlungen entweder verschiedenartige oder gleichartige Verbrechen verübt, so sind in der Regel die sämmtlichen verwirkten Strafen, insofern deren Verbindung möglich ist, vereinigt zu erkennen (Art. 107). Hat jedoch der Thäter durch eins der zusammentreffenden Verbrechen die Todesstrafe verwirkt, so werden dadurch alle außerdem von ihm verwirkten Strafen aufgehoben (Art. 109). Die im Art. 107 aufgestellte Regel gilt von mehreren zeitlichen Freiheitsstrafen nur unter folgenden näheren Bestimmungen: 1) sind die zeitlichen Freiheitsstrafen sämmtlich von gleicher Art, so ist, wenn sie verbunden das gesetzlich bestimmte höchste Maaß dieser Strafart übersteigen würden, nur auf die nächstfolgende höhere Strafart, mit Bestimmung einer verhältnißmäßigen Dauer derselben zu erkennen; 2) sind verschiedenartige zeitliche Freiheitsstrafen verwirkt, so wird auf die härteste der-

ſelben mit einer angemeſſenen Erhöhung, der Dauer oder dem Grade nach, erkannt, und wenn die hierdurch nöthig gewordene Verlängerung der Strafzeit die geſetzlich beſtimmte längſte Dauer dieſer Strafart überſteigen würde, die zunächſt folgende höhere Strafart angewendet; 3) in keinem dieſer beiden Fälle darf jedoch die Verbindung mehrerer zeitlicher Freiheitsſtrafen, wenn ſich darunter keine Kettenſtrafe befindet, über die Dauer einer zwanzigjährigen Kettenſtrafe hinausgehen. Trifft aber mehrmalige Kettenſtrafe oder dieſe mit mehrmaliger Zuchthausſtrafe zuſammen, ſo kann bis auf lebenslängliche Kettenſtrafe erkannt werden (Art. 108). Das ſächſ. StGB. von 1855 Art. 77 will im Falle der idealen Concurrenz auf die durch das ſchwerſte der durch dieſelbe Handlung begangenen Verbrechen verwirkte Strafe erkannt wiſſen. Es iſt jedoch ſolchenfalls, wofern nicht das ſchwerere Verbrechen ſchon ſeinem Begriffe nach das leichtere in ſich enthält, bei der Feſtſetzung der Strafe innerhalb des Strafmaaßes darauf Rückſicht zu nehmen, daß der Verbrecher durch ſeine Handlung zugleich noch ein anderes, minder ſchweres Verbrechen begangen hatte. Auch kann in dem letzteren Falle die Strafe des ſchwereren Verbrechens nach Art. 14, 16, 18 geſchärft werden. Nach Art. 78 iſt im Falle der realen Concurrenz wegen der ſämmtlichen Verbrechen auf eine Geſammtſtrafe zu erkennen, welche durch Erhöhung derjenigen Strafe, die durch das ſchwerſte derſelben, wenn es allein zur Beſtrafung vorläge, zu erkennen ſein würde, gebildet wird. Handlungen, welche als Fortſetzung eines und deſſelben Verbrechens anzuſehen ſind, ſollen hierbei nicht als eine Mehrzahl von Verbrechen in Betracht gezogen werden. Die wegen mehrerer durch verſchiedene Handlungen begangener Verbrechen zu erkennende Geſammtſtrafe kann bis auf das Doppelte der Strafe des ſchwerſten Verbrechens anſteigen, darf jedoch dabei den höchſten Betrag, welchen nach Art. 32 zeitliche Freiheitsſtrafen überhaupt nicht überſteigen ſollen (30 Jahre) nicht überſchreiten. An die im Art. 32 enthaltene Beſtimmung wegen Beobachtung monatlicher Zeitabſchnitte (hiernach ſollen Arbeitshausſtrafen und zeitliche Zuchthausſtrafen, wo nicht das Geſetz ein Anderes beſtimmt, nicht nach kleineren Zeitabſchnitten, als nach Monaten, erkannt werden) iſt der Richter bei dieſer Straferhöhung nicht gebunden. Befindet ſich unter den zuſammentreffenden Verbrechen ein ſolches, an welches das Geſetz gewiſſe Nachtheile, außer der Strafe, geknüpft hat, ſo treten dieſe Nachtheile auch dann ein, wenn das fragliche Verbrechen nicht das ſchwerſte iſt. Wegen der hierbei zu berückſichtigenden Verbrechen verweiſt Art. 79 auf die Strafproceßordnung. Nach Art. 80 ſoll bei der Abmeſſung der nach Art. 78 zu erkennenden Straferhöhung der Richter, nächſt der Anzahl und Schwere der zuſammentreffenden Verbrechen, berückſichtigen, ob zwiſchen denſelben ein näherer oder entfernterer urſachlicher Zuſammenhang ſtattfindet, ob durch dieſen Zuſammenhang die Mehrzahl der Handlungen ihre erſchwerende Bedeutung verliert oder ob im Gegentheil in derſelben ſich ein beſonders hoher Grad der Böswilligkeit kund giebt,

Digitized by Google

ingleichen ob den verschiedenen Verbrechen gleichartige oder verschiedenartige Triebfedern zu Grunde liegen. Nach Art. 81 soll bei Beantwortung der Frage, welches der zusammentreffenden Verbrechen das schwerste sei, wenn dieselben, jedes für sich betrachtet, mit verschiedenen Strafarten zu ahnden sein würden, das im Art. 35 festgesetzte Geltungsverhältniß der verschiedenen Strafarten (1 Jahr Zuchthaus ist gleich 1 Jahr 6 Monaten Arbeitshaus, 1 Jahr Arbeitshaus einer Gefängnißstrafe von 1 Jahr 6 Monate, bei geschärfter Gefängnißstrafe je 2 Tage, an welchen die Schärfung der Gefängnißstrafe zu vollziehen sein würde, 3 Tagen einfacher Gefängnißstrafe) berücksichtigt werden. Befinden sich unter denjenigen Verbrechen, welche neben dem schwersten vorliegen, solche, welche mit einer höheren Strafart, als das schwerste, zu ahnden sein würden, so ist die Strafe des schwersten Verbrechens nach dem gedachten Geltungsverhältnisse auf die schwerste unter den zusammentreffenden Strafarten zu reduciren, und die nach Art. 78 eintretende Erhöhung mit der hiernach sich ergebenden Strafe vorzunehmen. — Nach dem sardin. Strafgesetzb. Art. 112 schließt die lebenslängliche Freiheitsstrafe alle anderen Strafen aus. Hat Jemand mehrere Verbrechen begangen, von welchen jedes 20 Jahre Zwangsarbeit nach sich zieht, so wird nur Eine Strafe mit Erhöhung von 5 bis zu 10 Jahren erkannt. Hat Jemand mehrere Verbrechen verübt, welche zeitliche Freiheitsstrafen derselben oder verschiedener Art nach sich ziehen, so wird nur die schwerste Strafe mit verhältnißmäßiger Erhöhung erkannt (Art. 114). Ist die Strafe über das gesetzlich geringste Strafmaaß zu erhöhen, so kann die Erhöhung nicht über 5 Jahre betragen. Treffen criminelle mit correctionellen und polizeilichen Vergehen zusammen, so absorbiren die criminellen die anderen; wenn aber die correctionellen Strafen 3 oder mehrere Jahre betragen würden, so wird die Dauer der criminellen Strafen erhöht, jedoch so, daß die Erhöhung nicht über die Hälfte der verwirkten correctionellen Strafen steigen darf. — Nach dem waadtländ. Strafgesetzb. Art. 64 ist bei dem Zusammentreffen mehrerer Strafen nur die schwerste anzuwenden, und sie kann, wenn sie, ihrer Natur nach, Erhöhung leidet, bis zur Hälfte ihres höchsten gesetzlichen Strafmaaßes erhöht werden, jedoch ohne Ueberschreitung der gesetzlich vorgeschriebenen höchsten Dauer. Sind aber Strafen zu erkennen, welche Entziehung der bürgerlichen Rechte, oder Gewerbs- oder Geldstrafe, oder Confiscation einzelner Gegenstände nach sich ziehen, so können diese Nebenfolgen doch neben der schwersten Strafe erkannt werden. Für das Zusammentreffen von Diebstählen, Beschädigungen u. s. w. stellen Art. 309, 322 besondere Vorschriften auf. — Von dem Falle der idealen oder realen Concurrenz der Verbrechen ist das fortgesetzte Verbrechen (delictum continuatum) zu unterscheiden. Nach der Ansicht Feuerbach's ist ein solches dann vorhanden, wenn dieselbe Person dasselbe Strafgesetz an demselben Gegenstande durch verschiedene Handlungen verletzt hat, während, wenn solches an verschiedenen Gegenständen geschehen ist, ein wiederholtes

Verbrechen (delictum reiteratum s. repetitum) vorliegt. Die erwähnte Feuerbach'sche Ansicht über das fortgesetzte Verbrechen steht aber im Widerspruche mit den Gesetzen [192]) und führt zu sonderbaren Entscheidungen [193]). Ohnehin ist es ein unbestimmter Begriff, was hier unter Gegenstand zu verstehen sei [194]). Der Begriff eines fortgesetzten Verbrechens hat in der Rechtsanwendung vorzüglich die Bedeutung, Fälle, in welchen die obwohl verschiedenen verbrecherischen Handlungen Ein Ganzes bilden, nicht mit den Strafen aller einzelnen Handlungen belegen zu lassen. Die Fortsetzung eines Verbrechens fordert eine Mehrheit von Handlungen, welche in verschiedenen Zeiträumen verübt sind, aber wegen der Art der zu Grunde liegenden Willensbestimmung ein juristisches Ganzes in der Art bilden, daß doch nur Ein Verbrechen angenommen werden kann. Die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens hängt weder davon ab, daß die verschiedenen Handlungen an derselben Person oder an derselben Sache verübt worden sind, noch davon, daß die verschiedenen Acte zu einander im Causalzusammenhange, sei es als Zweck und Mittel, oder als Folge und Ursache stehen [195]), aber auch nicht blos davon, daß Jemand einen gemeinsamen, auf einen gewissen Zweck gerichteten Vorsatz ausführt oder die verschiedenen Handlungen in Folge eines bestimmten Verhältnisses ausgeführt werden. Das wahre Merkmal des fortgesetzten Verbrechens kann nur in der zusammentreffenden Einheit des Entschlusses und der That gefunden werden, so daß die mehreren strafbaren Handlungen als fortschreitende Ausführung Einer That erscheinen oder durch Einheit des Entschlusses zusammengefaßt sind. Die Auffassung des fortgesetzten Verbrechens in den neuen Gesetzgebungen ist verschieden. Im Code pénal kommt zwar keine besondere Bestimmung vor; die französische Praxis spricht aber auch von delits successifs, im Gegensatze vom delit collectif [196]). Dem bayer. Strafgesetzbuch Art. 110 liegt die Feuerbach'sche Theorie zu Grunde. Wenn daher ein Verbrechen an demselben Gegenstande oder an einer und derselben Person mehrmals begangen wird, so sollen die verschiedenen das Verbrechen fortsetzenden Handlungen für eine einzige That gerechnet, jedoch als beschwerender Umstand bei Ausmessung der Strafe

---

192) L. 46. §. 9. L. 56. pr. D. 47. 2. Rein, röm. Criminalr. S. 296, Note c. Cap. 1. X. V. 37. Cap. 27. X. V. 39.

193) Z. B. wenn Jemand dieselbe Person in sechs verschiedenen Zeiträumen sechsmal verwundet, so würde er nach Feuerbach's Ansicht wegen fortgesetzter Verbrechen nur mit der Strafe Einer Verwundung zu belegen sein, während er, wenn er auf die nämliche Weise sechs Personen verwundet hätte, mit sechs Strafen belegt würde. Siehe Mittermaier im N. Archiv des Criminalrecht Bd. 2, S. 234.

194) Sander im Archiv des Criminalrecht 1846 S. 374. Treffurt in demselben Archiv 1838 S. 422.

195) Dies ist die Ansicht von Krug, über Concurrenz S. 21.

196) Rauter, traité T. I. p. 227. Mangin, traité de l'action publique Vol. II. p. 161.

Digitized by Google

berückſichtigt werden. Dies iſt auch in das oldenburg. Strafgeſetzbuch Art. 115 übergegangen. Die Feuerbach'ſche Anſicht war in den bayeriſchen Entwürfen von 1822, 1827 und 1831 Art. 112 aufgegeben. Das öſterreichiſche und preußiſche Strafgeſetzbuch erklären ſich nicht über das, was fortgeſetztes Verbrechen ſei. In dem altenburg. Strafgeſetzb. Art. 49 wird von fortgeſetzten Verbrechen geſprochen, aber nicht geſagt, was darunter zu verſtehen ſei. In Württemberg hatte der Entwurf des Strafgeſetzb. Art. 115 eine Definition der fortgeſetzten Verbrechen aufgeſtellt; allein bei den Verhandlungen in der Kammer entſtand ſo viel Streit, daß man die Definition aufzugeben beſchloß, und ſo nennt das Strafgeſetzb. Art. 122 zwar das fortgeſetzte Verbrechen, ohne es jedoch näher zu bezeichnen. Das badiſche Strafgeſetzbuch kam nach manchen Abänderungen im §. 180 zu folgender Faſſung: „Mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgeſetzes durch Handlungen, welche zuſammen als Ausführung des nämlichen, auf ein beſtimmtes Verbrechen gerichteten Entſchluſſes erſcheinen, und ebenſo mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgeſetzes, welche als Folgen der nämlichen fahrläſſigen Handlung zu betrachten ſind, werden als Beſtandtheile oder Fortſetzungen einer und derſelben That angeſehen und als ein einziges (fortgeſetztes) Verbrechen beſtraft, wobei zwar die Fortſetzungen und deren Zahl als Gründe erhöhter Strafbarkeit in Betracht kommen, jedoch das höchſte Maaß der auf das Verbrechen geſetzten Strafe niemals überſchritten werden darf." Nach §. 181 können außer dieſen Fällen mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgeſetzes als ein fortgeſetztes, nach der Vorſchrift des §. 180 zu beſtrafendes Verbrechen nur da angenommen werden, wo das Geſetz dies beſonders verordnet. Das heſſ. Strafgeſetzb. Art. 111 (naſſ. Strafgeſetzb. Art. 110) nimmt den §. 180 des badiſchen Geſetzbuches an, ſetzt aber im Art. 112 (naſſ. Strafgeſetzb. Art. 111) hinzu: „Ein fortgeſetztes, nach der Vorſchrift des vorhergehenden Artikels zu beſtrafendes Verbrechen wird auch dann angenommen, wenn die mehrfachen Uebertretungen des nämlichen Strafgeſetzes in Bezug auf daſſelbe fortdauernde Verhältniß verübt worden ſind." Das braunſchw. Strafgeſetzb. ſagt im §. 56 unter der Rubrik: Fortſetzung des Verbrechens: „Wenn die verſchiedenen ſtrafbaren Handlungen die Uebertretung deſſelben Strafgeſetzes enthalten, und entweder in Beziehung auf daſſelbe dauernde Verhältniß begangen oder als die fortſchreitende Ausführung deſſelben Entſchluſſes oder endlich als die Beſtandtheile einer und derſelben That zu betrachten ſind, ſo ſind dieſe verſchiedenen Geſetzesübertretungen nur als Ein Verbrechen zu beſtrafen." Aehnlich iſt die Faſſung des thüring. Strafgeſetzb. Art. 51: „Wurde von dem Verbrecher daſſelbe Verbrechen mehrfach in Beziehung auf ein dauerndes Verhältniß begangen oder erſcheinen die mehrfachen Uebertretungen deſſelben Strafgeſetzes als fortſchreitende Ausführung des nämlichen Entſchluſſes oder als Beſtandtheile einer und derſelben That, ſo ſind die mehrfachen Uebertretungen nur als ein einziges Verbrechen zu beſtrafen,

Digitized by Google

die Fortsetzungen desselben und ihre Zahl jedoch als Grund höherer Strafbarkeit zu betrachten." Das hannöv. Strafgesetzb. Art. 106 bestimmt: „Wenn mehrere auf einander folgende strafbare Handlungen derselben Art entweder nur als fortschreitende Ausführung eines und desselben verbrecherischen Beschlusses anzusehen, oder in Beziehung auf das nämliche dauernde Verhältniß begangen, oder nur als Bestandtheile und Stufen einer und derselben That zu betrachten sind, so werden die einzelnen Handlungen zwar nur für eine einzige That gerechnet; es ist jedoch diese Fortsetzung bei Bestimmung der Strafe als ein besonderer Erschwerungsgrund zu berücksichtigen." Das sächs. Strafgesetzb. Art. 78 enthält nur die Bestimmung, daß Handlungen, welche als Fortsetzung eines und desselben Verbrechens anzusehen sind, nicht als eine Mehrzahl von Verbrechen in Betracht gezogen werden können, ohne daß angegeben wird, was unter Fortsetzung desselben Verbrechens zu verstehen sei. — Endlich kann auch noch die Verübung eines neuen Verbrechens durch eine schon wegen eines Verbrechens bestrafte Person in Betracht kommen: 1) insofern überhaupt irgend ein Verbrechen von einer Person verübt wird, welche bereits wegen Vergehen einmal bestraft war, oder 2) insofern Jemand das nämliche Verbrechen, wegen dessen die Person bestraft war, oder ein gleichartiges verübt, oder 3) insofern ein Verurtheilter bei gewissen Verbrechen, deren Wiederholung das Gesetz als Rückfall erklärt, das nämliche oder ein gleichartiges Verbrechen von neuem verübt. Auf diese Art ist der neue gesetzliche Sprachgebrauch sehr verschieden[197]). In dem gemeinen Rechte giebt es über den Rückfall kein Gesetz, welches den Richter bei allen Verbrechen ermächtigt, wegen des Rückfalles die sonst gedrohte bestimmte Strafe oder das gesetzliche höchste Strafmaaß zu erhöhen. Denn die im gemeinen Rechte vorkommenden Stellen[198]) sprechen nur bei gewissen Verbrechen, und zwar dort aus besonderen Gründen, vom Rückfalle, oder bedrohen die Gewohnheitsverbrecher ohne Rücksicht auf schon erlittene Bestrafung bei manchen Verbrechen mit härterer Strafe. Der Richter, welcher nach gemeinem Rechte zu urtheilen hat, kann daher, wenn kein Landesgesetz etwas Anderes bestimmt, die Wiederholung der Verbrechen nur als einen Straferhöhungsgrund bei der Ausmessung der in unbestimmten Strafgesetzen gedrohten Strafe betrachten. Auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist es nicht zu

---

197) Man hat darnach bisweilen von dem eigentlichen und uneigentlichen Rückfall gesprochen. Bauer, Anmerk. zum hannöv. Entwurfe Bd. 1, S. 617 vgl. mit seinen Abhandl. Bd. 2, S. 132. Nach Bauer, Abhandl. Bd. 2. S. 129 ist Rückfall vorhanden, wenn derselbe Uebertreter, nachdem er die ihm wegen eines früheren Verbrechens zuerkannte Strafe ganz oder zum Theil verbüßt hat, von Neuem ein Verbrechen begeht.

198) L. 28. §. 3. D. 48. 19. L. 3. §. 9. D. 49. 16. L. 15. §. 6. D. 48. 16. L. un. C. X. 20. L. 20. C. IX. 47. L. 8. §. 1. C. IX. 12. L. 3. C. I. 4. Peinl. Gerichtsordn. Art. 157, 161, 162. Die Stellen sind gut erörtert von Hohbach im Archiv des Criminalr. Bd. 9, Nr. 5 und in seinen Beiträgen zum Strafrechte Nr. 5.

Digitized by Google

rechtfertigen, wenn ein Gesetz bestimmt, daß bei allen Verbrechen wegen Rückfalles eine Erhöhung der sonst für das begangene Verbrechen, wenn es das erstmalige wäre, gedrohten Strafe eintreten muß. Nicht selten ist nach der Art unserer Gefängnisse, unseres Strafsystems und unserer Zustände überhaupt der Staat selbst nicht ohne Schuld daran, daß Jemand rückfällig wird, und nach Beschaffenheit mancher Verbrechen, z. B. der im Affect verübten, würde es selbst ungerecht sein, eine allgemeine Vermuthung aufzustellen, daß jeder Bestrafte, welcher wieder ein Verbrechen begeht, auf einer höheren Stufe der Unsittlichkeit stehe, und selbst gefährlich. Doch wird der Rückfall regelmäßig ein Straferhöhungsgrund sein. Ist die Gesetzgebung in Beziehung auf Gefängnißzucht weise, so bietet sie hinreichende Mittel, auch ohne Erhöhung der Dauer der Strafe den Rückfälligen gerecht zu bestrafen. In den neuen Strafgesetzgebungen, auf welche die Abschreckungstheorie noch vielfach Einfluß hat, ist über den Umfang, in welchem Rückfall anzunehmen ist, selbst die größte Verschiedenheit, sowie auch darüber, ob der Rückfall anzunehmen ist, wenn das neue Verbrechen begangen wird, nachdem das vorige Urtheil verkündet war, oder erst da, wo der Verurtheilte die Strafe schon zum Theil oder völlig verbüßt hat. Das Nähere aus den neuen Gesetzgebungen ist Folgendes. Das österreich. Strafgesetzb. §. 44 betrachtet den Umstand, daß Jemand wegen eines gleichen Verbrechens schon gestraft wurde, als Erschwerungsgrund. Das preuß. Landrecht Th. II, Tit. 20, §. 52 erklärte nur überhaupt die Wiederholung gleicher Verbrechen als Grund der Schärfung der sonst verwirkten einfachen Strafe, wobei besonders auf den Hang des Verbrechers zu dieser Art von Verbrechen und auf die für den Staat daraus bevorstehende Gefahr Rücksicht zu nehmen ist. Das preuß. Strafgesetzbuch von 1851 §. 58 nimmt den Rückfall dann als vorhanden an, wenn Jemand, nachdem er wegen eines Verbrechens oder Vergehens von einem preußischen Gerichtshofe rechtskräftig verurtheilt worden ist, dasselbe Verbrechen oder Vergehen, sei es mit oder ohne erschwerende Umstände, begeht. Insofern das Gesetz keine besonderen Rückfallsstrafen bestimmt, kann wegen Rückfalles die Strafe über das gesetzliche Maaß hinaus erhöht werden, jedoch nicht mehr als um die Hälfte des höchsten gesetzlichen Strafmaaßes. Die Dauer der Gefängnißstrafe kann im Rückfalle 5 Jahre übersteigen. Bei Verbrechen, welche mit zeitlicher Freiheitsstrafe bedroht sind, darf die Dauer von 20 Jahren selbst nicht im Rückfalle überschritten werden. Nach §. 59 ist der Rückfall auch dann vorhanden, wenn die That in dem früheren oder späteren Falle oder in beiden Fällen die Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen, oder den Versuch eines Verbrechens oder Vergehens darstellt. Nach §. 60 tritt die Straferhöhung wegen Rückfalles nicht ein, wenn seit dem Zeitpunkte, in welchem die Freiheitsstrafe oder Geldbuße des zuletzt begangenen früheren Verbrechens oder Vergehens verbüßt oder erlassen worden ist, 10 Jahre verflossen sind. Am meisten scheint das Vorbild des französischen Code pénal auf die

ſpätere Geſetzgebung Einfluß gehabt zu haben. Nach dem Code pénal art. 56—58 wird zu dem Eintreten der Strafe des Rückfalles (recidive) nicht einmal Gleichartigkeit des früheren und des neuen Verbrechens gefordert, ſondern bei jedem Verbrechen, welches ein ſchon Verurtheilter verübt, wird die ſonſt auf dieſes Verbrechen geſetzte Strafe zur nächſt höheren Strafart geſteigert; es iſt alſo, wenn ſonſt Zuchthaus eingetreten wäre, die Rückfallsſtrafe zeitliche Zwangsarbeit, ſo daß, wenn Jemand, welcher zur lebenslänglichen Zuchthausſtrafe verurtheilt war, wieder ein Verbrechen (crime) begeht, jetzt Todesſtrafe erkannt wird. Bei den delits wird der wegen eines ſolchen zu mehr als 1 Jahr Gefängniß Verurtheilte mit dem höchſten geſetzlichen Strafmaaße wegen Rückfalles, ſo daß dies ſelbſt verdoppelt werden kann, belegt. Dieſes Syſtem wurde allgemein als ein empörendes, nur aus der Abſchreckungstheorie hervorgegangenes erkannt[199]), und doch ſehr ungenügend in dem Geſetze von 1832 §. 56 gemildert, indem man auf die Wirkung der circonstances attenuantes rechnete. Vorzüglich empörend iſt es, daß das Geſetz geſtattet, blos wegen Rückfalles zur Todesſtrafe aufzuſteigen, ſo daß oft das kleinſte Vergehen, welches der zur lebenslänglichen Zuchthausſtrafe Verurtheilte begeht, das Eintreten der Todesſtrafe bewirken kann. Das bayer. Strafgeſetzb. Art. 111 verlangte zwar zum Rückfalle, daß ſich Jemand nach erlittener Strafe eines vorſätzlichen Verbrechens derſelben Art von neuem ſchuldig mache; allein die Anmerkungen zu dem Geſetzbuche Bd. 1, S. 273 u. ſ. w. dehnten das ſehr aus, indem man die Identität des neuen und früheren Verbrechens leicht und willkürlich nahm. Der Art. 112 beſtimmte, daß eine Freiheitsſtrafe bei dem erſten Rückfalle um das Einfache der zuvor erlittenen Strafe erhöht, und bei ferneren Wiederholungen jedesmal mit der Strafe des nächſt vorhergegangenen Rückfalles die Strafe der erſten Uebertretungen verbunden, auch, wenn die nach dieſem Grundſatze ausgemeſſene Dauer der Strafe das geſetzlich beſtimmte höchſte Maaß des Gefängniſſes, Arbeitshauſes oder Zuchthauſes überſchreitet, die nächſt höhere Strafgattung zuerkannt werden ſoll. Verdient die von dem Rückfälligen begangene letzte Uebertretung ſchon für ſich allein eine ſchwerere Strafe als diejenige, mit welcher derſelbe zuvor belegt worden iſt, ſo ſollte die durch die zuletzt begangene That an und für ſich verwirkte Strafe um das Einfache der erſten Uebertretung erhöht werden. Bei Vergehen, welche geſetzlich mit höchſtens 6 Monaten Gefängniß bedroht ſind, ſollte im Falle der Wiederholung zwar die verwirkte Strafe nach den im Art. 112 beſtimmten Grundſätzen erhöht, jedoch nicht über 2 Jahre erſtreckt werden (Art. 113). Wer die Strafe des Zuchthauſes überſtanden hat, ſollte bei dem erſten

---

199) Carnot, comment. T. I. p. 162. Hélie, theorie du Code pénal T. I. p. 385—399. Haas, observat. sur le projet de revision Vol. I. p. 182. Boitard, léçons sur le droit criminel p. 258. Göbel, die Criminalgeſetzgebung in Rheinpreußen S. 44.

Rückfalle mit Zuchthaus auf unbestimmte Zeit bestraft, wer letztere Strafe erlitten hat und nach erfolgter Begnadigung sich eines Rückfalles schuldig macht, mit Kettenstrafe belegt werden (Art. 114). Art. 115—117 enthalten Vorschriften über den Rückfall bei anderen Strafarten, über die dem Verbrecher nach überstandener Strafe zu ertheilende Belehrung über die gesetzlichen Folgen des nächsten Rückfalles, über die über den Rückfälligen nach überstandener Strafe zu verhängende besondere polizeiliche Aufsicht. In der Anwendung dieser Bestimmungen, vorzüglich der im Art. 112 enthaltenen, trat eine große Härte und ein höchst verwickeltes System ein. Die Härte des Systems[200]) und die Verwickelung in der Praxis wurde schon von dem Oberappellationsgerichte in München der Staatsregierung früh dargestellt[201]), und in den folgenden Entwürfen von 1822—1827, 1831 Art. 114 wählte man das einfache System, den Rückfall nur als Straferhöhungsgrund zu erklären. Endlich wurde durch Art. 2 des Gesetzes vom 29. August 1848 unter Aufhebung der in den Art. 111—117 des Strafgesetzbuches enthaltenen Vorschriften über den Rückfall und dessen Bestrafung bestimmt: „Wenn Jemand wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurtheilt worden ist, und sich später wieder eines Verbrechens oder Vergehens derselben oder anderer Art schuldig macht, so ist dieser Umstand ein Erschwerungsgrund.“ Das oldenb. Strafgesetzb. Art. 116—122 hatte die Bestimmungen des bayerischen Gesetzbuches aufgenommen. Allein eine Verordnung vom 3. Juli 1852 bestimmte wenigstens näher, was als gleichartiges Verbrechen anzusehen sei, und zwar dahin, daß die Gleichartigkeit in Bezug auf den Rückfall bei allen Uebertretungen, welche unter einen und denselben gesetzlichen Begriff (species) gehören, unbedingt anzunehmen, bei Uebertretungen, welche unter verschiedene gesetzliche Begriffe fallen, nach dem dadurch verletzten Rechte und den Triebfedern zur Handlung zu ermessen sei. Hiernach sollen Entwendung, Funddiebstahl, Raub, Unterschlagung, Erpressung und Betrug, soweit sie in der Neigung zur Aneignung fremden Eigenthums, ingleichen Tödtung, Raub und Körperverletzung, soweit sie in der Neigung zu vorsätzlicher Verletzung der Person zusammentreffen, als gleichartig betrachtet werden (§. 2). Da hiernach die Frage, ob ein Rückfall vorliege, lediglich nach der Gleichartigkeit der Uebertretung zu entscheiden ist, so soll dabei der Unterschied zwischen Verbrechen, Vergehen und Polizeiübertretungen, zwischen öffentlichen und Privatdelicten, zwischen vollendeten und versuchten Verbrechen im allgemeinen ebensowenig in Betracht kommen, als es einen Unterschied machen soll, ob der Rückfällige von einem inländischen oder ausländischen Gerichte, ob er als Urheber oder nur als Gehilfe oder Begünstiger mit Strafe belegt ist (§. 3). Die Strafe ist wegen Rückfalles umsomehr zu erhöhen, je

200) S. Gönner, Jahrb. der Gesetzgeb. in Bayern Bd. 4, S. 180.
201) Gönner, Jahrb. Bd. 3, S. 158.

Digitized by Google

gleichartiger die Uebertretungen sind, je größer die früher erkannte Strafe, je kürzer der Zeitraum zwischen der zuletzt erlittenen Strafe und der neuen That, und je schlechter der inmittelst von dem Thäter geführte Lebenswandel war (§. 4). Nach diesen Rücksichten ist der Richter ermächtigt, eine durch die neuen Handlungen an sich verwirkte Strafe an der Freiheit wegen Rückfalles nicht nur durch erlaubte Zusätze zu schärfen oder innerhalb der für die anwendbare Strafgattung gesetzlich bestimmten Grenzen zu verlängern und nach Umständen durch Schärfungen zu erschweren, sondern auch nöthigenfalls die zunächst höhere Strafgattung von deren niedrigstem bis zum höchsten Grade, mit oder ohne deren Schärfungen anzuwenden. Dabei kommt die Verschiedenartigkeit der Freiheitsstrafen soweit in Anschlag, daß die doppelte Zeit der Gefängnißstrafe der einfachen der Arbeitshaus- oder Zuchthausstrafe gleichzustellen ist (§. 5). Nach denselben Rücksichten kann eine durch die neue Uebertretung an sich verwirkte Geldstrafe wegen der früher erkannten Geld- oder Gefängnißstrafe selbst über das gesetzliche Maaß erhöht; auch eine früher erlittene Geldstrafe der durch die neue Uebertretung verwirkten Gefängnißstrafe zugelegt, ingleichen eine durch die neue Uebertretung verwirkte Geldstrafe in eine Gefängnißstrafe verwandelt werden (§. 6). Bei dem ersten Rückfalle darf der Richter die jetzt, abgesehen vom Rückfalle, zu erkennende Strafe höchstens verdoppeln, wenn die früher erkannte Strafe schwerer war, und höchstens um das Einfache der früher erkannten Strafe erhöhen, wenn diese das Maaß der jetzt an sich zu erkennenden Strafe nicht übersteigt (§. 7). Bei wiederholten Rückfällen treten die Gründe der Erhöhung der Strafe in verstärktem Maaße ein, und der Richter kann von dem ihm in §. 5 und 6 gegebenen Ermessen, ohne die für den ersten Rückfall gesetzte Beschränkung, Gebrauch machen (§. 8). Wenn mehrere neue Handlungen des Rückfälligen im Zusammenflusse zu bestrafen sind, so werden sämmtliche neue Strafen, sofern sie gleichartige Handlungen betreffen, soweit thunlich, zusammengerechnet, und die Rückfallsstrafe wird darnach ermessen. Ebenso ist bei Berechnung der früher für mehrere gleichartige Handlungen erlittenen Strafen zum Behufe der Ausmittelung der Rückfallsstrafe zu verfahren (§. 9). Wird ein Uebertreter, nachdem wider ihn eine Rückfallsstrafe bereits erkannt ist, wegen anderer vor Vollstreckung dieses Erkenntnisses von ihm begangenen gleichartigen Uebertretungen von neuem in Untersuchung gezogen, so kann die desfalls zu erkennende Strafe wegen Rückfalles nur soweit erhöht werden, als dieser Rückfall, wenn er vor Zumessung der erkannten Rückfallsstrafe bereits vorgelegen hätte, darauf Einfluß gehabt haben würde (§. 10). Als besonderer Grund der Milderung der Rückfallsstrafe kann in Betracht gezogen werden, daß der Rückfällige die frühere Strafe nur zum Theil verbüßt; daß derselbe die im Art. 121 vorgeschriebene Warnung vor dem Rückfalle nicht erhalten hat (§. 11). Die Strafe des Rückfalles fällt weg, wenn seit der Beendigung der letzten Bestrafung bis zur neuen strafbaren

Digitized by Google

That, die in der Verordnung vom 11. October 1821 bestimmten Verjährungsfristen, nach Maßgabe der Natur der früheren That, abgelaufen sind, und der Uebertreter während des Laufes derselben sich ununterbrochen gut aufgeführt hat (§. 12). Nach dem altenburg. Strafgesetzb. Art. 58 ist, wenn Jemand eine ihm zuerkannte Strafe wenigstens theilweise oder durch erfolgte Begnadigung eine geringere Strafe verbüßt hat und sich desselben oder eines gleichartigen Verbrechens schuldig macht, die gesetzliche Strafe des neuen Verbrechens nach richterlichem Ermessen zu erhöhen, jedoch nicht über das verdoppelte Strafmaaß, und bei Zuchthausstrafe und Arbeitshausstrafe unter Beschränkung beziehendlich auf 25 und 6 Jahre. Tritt die Strafe des Rückfalles wegen eines Verbrechens ein, welches höchstens mit 3 Monaten Gefängniß, im höheren Grade aber mit Arbeitshaus geahndet wird, so kann statt der Gefängnißstrafe, wenn sie wenigstens 3 Monate übersteigt, auf Arbeitshausstrafe, jedoch unter Abkürzung auf zwei Drittheile erkannt werden. Bei mehrfachem Rückfalle und nach bereits erfolgter Verdoppelung der Strafe ist der Richter ermächtigt, auf die nach Art. 8 und 12 zulässigen Schärfungen zu erkennen. Werden Verbrecher, welche bereits Zuchthausstrafe verbüßt haben, rückfällig, so darf der Richter die durch den Rückfall etwa verwirkte geringere Freiheitsstrafe, unter verhältnißmäßiger Herabsetzung der Strafdauer (1 Jahr Gefängniß ist gleich 8 Monaten Arbeitshaus und 6 Monaten Zuchthaus) in Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe verwandeln, sofern hieraus eine mindestens zweimonatliche Dauer sich ergiebt. Auch können die durch Rückfall verwirkten, die Dauer von 3 Jahren übersteigenden Gefängnißstrafen jedenfalls in Arbeitshausstrafe unter gleicher Herabsetzung verwandelt werden. Nach Art. 59 gelten als gleichartige Verbrechen 1) Unzucht mit Kindern unter 12 Jahren sowie mit Personen im bewußtlosen Zustande und Nothzucht; 2) Raub und die im Art. 166 unter 1. sowie im Art. 167 erwähnte Erpressung; 3) Diebstahl, Veruntreuung, Betrug oder Fälschung aus Gewinnsucht, und die im Art. 166 unter 2. gedachte Erpressung; 4) Verfertigung falschen Geldes und falscher öffentlicher Creditpapiere. Der Versuch und die ungleiche Theilnahme gelten als gleichartig mit dem Verbrechen selbst; hingegen sind vorsätzliche Verbrechen und Verbrechen aus Fahrlässigkeit in dieser Beziehung einander niemals gleich zu stellen. Nach Art. 60 kommen, wenn ein Verbrecher wegen mehrerer Verbrechen gleichzeitig in Untersuchung kommt, unter welchen sich ein oder mehrere wiederholte befinden, die Vorschriften über die Bestrafung concurrirender Verbrechen und des Rückfalles verbunden zur Anwendung; es kann jedoch in diesem Falle wegen des Verbrechens, weshalb die Strafe des Rückfalles eintritt, die Dauer der Zuchthausstrafe nicht über 25 Jahre und die der Arbeitshausstrafe nicht über 6 Jahre erstreckt werden. Der Rückfall verliert nach Art. 76 die Eigenschaft eines besonderen Schärfungsgrundes, wenn seit der Verbüßung der Strafe wegen des früheren Vergehens die im Art. 77 be-

ſtimmten Friſten abgelaufen ſind (1 Jahr bei Vergehen, welche nur auf Antrag einer dabei betheiligten Perſon oder Behörde zur Unterſuchung gezogen werden, 15 Jahre bei allen übrigen Verbrechen, mit Ausnahme der im Art. 80 erwähnten, mit Todesſtrafe oder unbedingt mit lebenslänglicher Zuchthausſtrafe bedrohten, welche keiner Verjährung unterliegen). Nach dem ſächſ. StGB. Art. 82 ſoll, wenn Jemand wegen eines begangenen Verbrechens bereits Strafe verbüßt hat und ſich deſſelben oder eines gleichartigen Verbrechens von neuem ſchuldig macht, inſofern nicht für einzelne Fälle etwas Anderes beſtimmt iſt, die geſetzliche Strafe des neuen Verbrechens, jedoch nicht über das doppelte Strafmaaß erhöht werden, wobei der Richter an die Beobachtung monatlicher Zeitabſchnitte nicht gebunden iſt, wohl aber an den im Art. 32 beſtimmten höchſten Betrag zeitlicher Freiheitsſtrafen. Bei wiederholten Rückfällen kann die hiernach ausfallende Strafe zugleich nach Art. 14, 16, 18 geſchärft werden. Im Art. 83 ſind als gleichartig im Sinne des Art. 82 alle ſolche Verbrechen bezeichnet, welche aus gleichartigen Triebfedern hervorgegangen ſind, insbeſondre 1) alle Verbrechen, welche ihrem Begriffe nach auf Gewinnſucht beruhen, 2) alle Verbrechen, welche die Befriedigung des Geſchlechtstriebes zum Zwecke haben. Der Verſuch und die Beihilfe, ſowie die Verbindung und die Anſtiftung zu einem Verbrechen ſind mit dem Verbrechen ſelbſt, ſowie auch unter ſich, als gleichartig zu betrachten. Verbrechen aus Unbedachtſamkeit begründen niemals die Annahme des Rückfalles. Nach Art. 84 iſt bei Abmeſſung der Erhöhung, nächſt der Anzahl und der Schwere der früher verbüßten gleichartigen Verbrechen, vorzüglich zu berückſichtigen, ob die Wiederholungen derſelben in entfernteren oder in näheren Zwiſchenräumen auf einander gefolgt ſind. Die Friſten, durch deren Ablauf der Rückfall die Eigenſchaft eines Straferhöhungsgrundes verliert, ſind bei den von Amtswegen zu beſtrafenden Verbrechen 15 Jahre, bei den auf Antrag zu beſtrafenden 1 Jahr. Nach Art. 85 iſt, wenn Jemand wegen mehrerer Verbrechen zu beſtrafen iſt, welche ſämmtlich, oder von denen einige oder auch nur eines im Rückfall verübt worden ſind, die im Art. 82 wegen des Rückfalles beſtimmte Straferhöhung mit der nach Art. 78—81 ermittelten Geſammtſtrafe vorzunehmen; es darf jedoch in dieſem Falle die zu erkennende Strafe nicht über das Dreifache der Strafe des ſchwerſten Verbrechens anſteigen. Das württemb. StGB. Art. 124 erklärt denjenigen des Rückfalles ſchuldig, welcher nach rechtskräftiger Verurtheilung durch ein inländiſches Gericht zu einer Strafe wegen eines Verbrechens oder Vergehens, ein Verbrechen oder Vergehen gleicher Art begeht. Gegen ausländiſche Landſtreicher, welche Raub, Diebſtahl oder Betrug gewerbsmäßig verübt haben, ſollen auch die Erkenntniſſe ausländiſcher Gerichte die Strafen des Rückfalles begründen. Im beſonderen Theile des Geſetzbuches iſt bei zwei Verbrechen beſtimmt, welche Verbrechen in Bezug auf den Rückfall gleichartig ſeien; nämlich bei der Körperverletzung, mit welcher

Digitized by Google

im Art. 273 Widersetzung mit Körperverletzung an einer obrigkeitlichen Person begangen, Aufruhr mit Körperverletzung und Thätlichkeiten an obrigkeitlichen Personen oder Dienern bei Ausübung ihres Amtes, Todtschlag als gleichartig betrachtet werden (vergl. noch das Ges. vom 13. August 1849 Art. 23—25), und bei dem Diebstahl, mit welchem nach Art. 361 Raub, Erpressung aus gewinnsüchtiger Absicht, Unterschlagung, Betrug und Fälschung, beide letztere Verbrechen jedoch nur, sofern dadurch der eigene Vortheil des Thäters bezweckt wird, als gleichartig gelten. Nach Art. 125 ist die Strafe des Rückfalles auch dann verwirkt, wenn die frühere Strafe nur wegen Versuches oder Beihilfe zu einem Verbrechen erkannt worden und nur ein vollendetes Verbrechen zu bestrafen ist. Im umgekehrten Falle tritt dieselbe Bestimmung ein. Nach Art. 127 ist die Strafe des neuen Verbrechens durch Verlängerung ihrer Dauer innerhalb der gesetzlichen Grenze der verwirkten Strafart zu erhöhen oder durch erlaubte Zusätze zu schärfen; die Gefängnißstrafe darf bis zu 6 Jahren erstreckt werden, und wenn die Dauer einer Strafart erschöpft und eine Schärfung nicht zureichend ist, soll auf die nächstfolgende höhere Strafart erkannt werden. Die Bestimmung des Art. 127, daß von der zeitlichen Zuchthausstrafe nur dann zur lebenslänglichen aufgestiegen werden darf, wenn durch das Verbrechen an sich mindestens 20 Jahre Zuchthaus verwirkt sind, und der wegen des Rückfalles begründete Strafzusatz dem höchsten Maaße der zeitlichen Zuchthausstrafe sich nähert, ist durch Art. 1, 2 des Gesetzes vom 14. April 1855 in der Art geändert, daß auch bei dem Rückfall auf 30 Jahre Zuchthaus gestiegen werden kann, wenn durch das Verbrechen an sich mindestens 16 Jahre Zuchthaus verwirkt sind und der wegen des Rückfalles begründete Strafzusatz 20 Jahren Zuchthaus sich nähert. Die lebenslängliche Zuchthausstrafe darf nicht bis zur Todesstrafe, und eine nicht entehrende Strafe niemals bis zu einer entehrenden gesteigert werden. Nach Art. 128 soll ein zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe Verurtheilter, wenn er ein neues, nicht mit Todesstrafe bedrohtes Verbrechen begeht, mit den bei der zeitlichen Zuchthausstrafe zulässigen Schärfungen belegt werden[202]). Das bad. Strafgesetzb. §. 183 will den Rückfall nur bei folgenden Verbrechen bestraft wissen: 1) Diebstahl, Betrug und Fälschung aus Gewinnsucht, Wucher, Unterschlagung, Raub und Erpressung; 2) Münzfälschung und Fälschung von Staatspapieren; 3) mit Vorbedacht verübte Körperverletzung und Tödtung oder Körperverletzung bei Raufhändeln; 4) Nothzucht, Schändung unmündiger oder bewußtloser Personen, Verführung von Kindern unter

---

202) Zirkler in Savigny's Monatsschr. für Rechtspflege in Württemberg Bd. 4, S. 1 flg. erörtert die auch anderwärts wichtige Frage, ob die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über Rückfall da anzuwenden sind, wenn das Gesetz über die Wiederholung eines gewissen Verbrechens, z. B. Diebstahl, besondere Vorschriften gab. Nach der Erfahrung in Württemberg führt die Anwendung in einzelnen Fällen zu großer Härte.

Digitized by Google

14 Jahren und widernatürliche Unzucht; 5) vorsätzliche Brandstiftung und Eigenthumsbeschädigung aus Bosheit, Rachsucht oder Eigennutz; 6) Wilderei und Wilddieberei; 7) Landstreicherei und Bettelei; 8) Widersetzlichkeit, öffentliche Gewaltthätigkeit und Aufruhr; 9) Amtsverbrechen aus Eigennutz. Nach §. 184 wird zum Eintreten der Rückfallsstrafen vorausgesetzt: 1) daß der Uebertreter wegen des früheren vollendeten oder versuchten Verbrechens als Urheber oder Gehilfe vor der abermaligen Begehung von einem inländischen oder ausländischen Gerichte verurtheilt und das Urtheil verkündet war; 2) daß das frühere und das neue Verbrechen Uebertretungen von gleicher Art seien. Nach §. 185 gelten als gleichartig außer den Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes die unter jeder einzelnen Zahl vorher zusammengestellten strafbaren Handlungen. Nach §. 186 ist das Gericht berechtigt, bei Beurtheilung der Frage, ob die neue Uebertretung als Rückfall zu betrachten sei, die Rechtmäßigkeit des früheren Erkenntnisses, insofern sich erhebliche Zweifel darüber darbieten, seiner Prüfung zu unterwerfen und deren Ergebniß seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Nach §. 187 wird die abermalige Uebertretung, welche als Rückfall gilt, in allen Fällen von einer härteren Strafe getroffen, als wenn sie die erste wäre. Nach §. 188 kann die Strafe, welche zu erkennen sein würde, wenn die Uebertretung die erste wäre, im ersten Rückfall bis um die Hälfte, und in jedem weiteren Rückfall je bis um ein weiteres Viertheil erhöht werden. Jedoch darf der wegen der Rückfälligkeit eintretende Strafzusatz niemals mehr betragen, als die Strafe der vorhergegangenen Uebertretung, und bei wiederholtem Rückfall niemals mehr, als die auf die früheren Uebertretungen erkannten Strafen zusammengenommen. Nach §. 189 wird, wenn die im einzelnen Fall verschuldete Rückfallsstrafe innerhalb des gesetzlichen Maaßes der auf das Verbrechen gesetzten Strafart nicht mehr erkannt werden kann, die Strafe, mit Ueberschreitung dieses Maaßes, in der nämlichen Strafart erkannt, ohne daß eine Verwandlung in die härtere Strafart stattfindet. Nach dem hess. Strafgesetzb. Art. 94 sind die Verbrechen, bei welchen die abermalige Begehung als Rückfall bestraft werden soll, folgende: 1) Falschmünzen, Münzfälschung, Fälschung des großherzoglichen Siegels, des großherzoglichen Stempelpapieres, der Staatspapiere, Fälschung in Amtshandlungen; 2) Kindesmord, Abtreibung der Leibesfrucht und Aussetzung; 3) Mord und Vergiftung; 4) Todtschlag, Körperverletzung und Theilnahme an Raufhändeln; 5) Unzucht und Verletzung der Schaamhaftigkeit, doppelte Ehe, Ehebruch und Entführung; 6) falsche Anzeige und Verläumdung; 7) Raub, Diebstahl, Erpressung, Unterschlagung, Betrug, Fälschung, Wilderei und Diebshehlerei; 8) Brandstiftung und Eigenthumsbeschädigung; 9) Meineid und Eidesbruch. Nach Art. 95 wird in jedem Straffall, welcher als Rückfall bestraft werden soll, vorausgesetzt: 1) daß der Uebertreter wegen des früheren Verbrechens vor der abermaligen Begehung von einem inländischen oder ausländischen

Digitized by Google

Gerichte rechtskräftig verurtheilt war und diese Strafe vor der abermaligen Begehung ganz oder theilweise verbüßt hat; 2) daß die zu erkennende Strafe in einer Freiheitsstrafe besteht; 3) daß das frühere und das neue Verbrechen Uebertretungen von gleicher Art und mit Vorsatz verübt sind. Als ausländische Erkenntnisse im Sinne des Art. 95 sind nach Art. 96 nur die Erkenntnisse der zum teutschen Bunde gehörigen und der den Mitgliedern des teutschen Bundes weiter in Europa zustehenden und aller derjenigen Strafen zu betrachten, deren Gebiete unmittelbar an die Staaten des teutschen Bundes grenzen. Nach Art. 97 gelten als gleichartig, außer den Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes, die unter jeder einzelnen Ziffer vorher zusammengestellten strafbaren Handlungen. Nach Art. 98 ist die Strafe des Rückfalles auch dann verwirkt, wenn die frühere Strafe nur wegen Versuches erkannt worden und nun ein versuchtes oder ein vollendetes Verbrechen zu bestrafen ist, oder wenn der jetzt als Urheber zu Bestrafende früher als Gehülfe bestraft wurde. Dieselbe Bestimmung tritt im umgekehrten Fall ein. Nach Art. 99 ist bei einem Rückfall die Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen in ihrer Dauer zu verlängern und durch erlaubte Zusätze zu schärfen, wobei die Gerichte theils auf die Größe der bereits erlittenen Strafe, theils auf den längeren oder kürzeren Zwischenraum zwischen dem Zeitpunkte der überstandenen Strafe und dem neuen Verbrechen, theils auf den inmittelst von dem Thäter geführten Lebenswandel Rücksicht zu nehmen haben. Nach Art. 100 hat das Gericht, wenn es bei einem zweiten oder weiteren Rückfall die nach dem Gesetze zulässige dreimonatliche Gefängnißstrafe und deren Schärfung nicht zureichend findet, auf Correctionshausstrafe bis zu 1 Jahr zu erkennen. Reicht die gesetzlich gedrohte Gefängnißstrafe nicht bis zu 3 Monaten, so kann wegen des zweiten Rückfalles die Strafzeit bis zu 3 Monaten verlängert, zur Correctionshausstrafe in der angegebenen Art aber erst bei dem dritten und jedem weiteren Rückfall übergegangen werden. Nach Art. 101 kann bei einem zweiten und jedem weiteren Rückfall, wenn nicht für einzelne Fälle etwas Anderes gesetzlich bestimmt ist, das höchste Maaß der im Gesetze bestimmten Zuchthausstrafe oder Correctionshausstrafe um ein Viertheil, jedoch um nicht mehr, als 1 Jahr, überschritten werden, insofern nach Art. 7 die Natur der Strafart diese Verlängerung zuläßt. Wer, nachdem er zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe rechtskräftig verurtheilt und nicht begnadigt worden ist, ein neues, nicht mit Todesstrafe bedrohtes Verbrechen verübt, soll mit den bei der zeitlichen Zuchthausstrafe zulässigen Schärfungen als Strafe belegt werden. Nach Art. 103 verliert der Rückfall die Eigenschaft eines Schärfungsgrundes, wenn seit dem Tage der beendigten Strafverbüßung bis zur Begehung des neuen Verbrechens die im Art. 125 für das bestrafte Verbrechen bestimmte Verjährungszeit abgelaufen ist. Dieselben Bestimmungen sind in das nass. Strafgesetzb. Art. 90—98 übergegangen. Das hannöv. Strafgesetzb. Art. 111 nimmt einen Rückfall

dann als vorhanden an, wenn derselbe Uebertreter, nachdem er die Strafe eines früheren Verbrechens ganz oder doch zum Theil erlitten hat, sich nachher wieder eines gleichartigen Verbrechens schuldig macht. Nach Art. 112 ist die Gleichartigkeit der Verbrechen in Beziehung auf den Rückfall nach der dadurch an den Tag gelegten rechtswidrigen Gesinnung und Neigung, unter Berücksichtigung der bewiesenen Art der verbrecherischen Thätigkeit und der Natur des verletzten Rechtes zu beurtheilen. Ein vorsätzliches und ein fahrlässiges Verbrechen sollen nicht als gleichartig betrachtet werden. Ob der rückfällige Verbrecher wegen des früheren Verbrechens im Inlande oder im Auslande bestraft worden ist, macht dabei keinen Unterschied. Nach Art. 113 hat der Richter bei Zumessung der Strafe des neuen Verbrechens im allgemeinen theils auf die Größe der bereits erlittenen Strafe, theils auf den längeren oder kürzeren Zwischenraum zwischen dem Zeitpunkte der überstandenen Strafe und dem neuen Verbrechen, theils auf den inzwischen vom Thäter geführten Lebenswandel zu sehen. Bei Bestrafung des wiederholten Rückfalles treten nach Art. 114 die oben genannten Gründe der Strafschärfung mit verstärktem Gewicht ein. Nach Art. 115 muß der Richter nach allen, oben angegebenen Rücksichten die durch das neue Verbrechen verwirkte Strafe innerhalb der für dieselbe Strafart gesetzlich bestimmten Grenzen verlängern oder bei Geldstrafen erhöhen und, nach den Umständen, durch erlaubte Zusätze schärfen oder auch nöthigenfalls auf die zunächst höhere Strafart mit Bestimmung einer verhältnißmäßigen Dauer der Strafe erkennen. Die solchergestalt zu bestimmende Strafe kann zwar, unter erschwerenden Umständen, bis zur lebenslänglichen Freiheitsstrafe, nicht aber bis zur Todesstrafe steigen. Nach Art. 116 kommen, wenn ein rückfälliger Verbrecher mehrere Verbrechen begangen hat, über welche jetzt vereinigt zu erkennen ist, die Bestimmungen wegen des Rückfalles und wegen des Zusammentreffens der Verbrechen verbunden zur Anwendung. Das braunschw. Strafgesetzb. §. 58 will demjenigen, welcher sich, nachdem er wegen einer Uebertretung vermöge rechtlichen Erkenntnisses ganz oder theilweise Strafe erlitten hat, sich derselben oder einer gleichartigen Uebertretung schuldig macht, mit härterer Strafe belegt wissen, welche jedoch die längste ordentliche Dauer der auf die Uebertretung gesetzlichen Strafart, und insofern diese bis zu ihrer längsten ordentlichen Dauer der Uebertretung angedroht ist, deren längste außerordentliche Dauer nicht übersteigen kann. Anstiftung, Theilnahme und Versuch begründen die Rückfallsstrafen, keineswegs aber Beihilfe, Begünstigung und Mitwissenschaft; außer wenn wegen einer dieser Arten der Mitschuld bereits Strafe vollzogen und dieselbe Art der Mitschuld an demselben oder einem gleichartigen Verbrechen wieder zu bestrafen ist. Hat der Thäter wegen derselben oder einer gleichartigen verbrecherischen Handlung schon eine schwerere, als die jetzt zu erkennende Strafart erduldet, so ist diese in jene zu verwandeln, auch wenn sie unter die festgesetzte geringste außer-

ordentliche Dauer derselben herabsinken sollte, jedoch in der Art, daß selbst, wenn nach den über die Strafverwandlung gegebenen Bestimmungen sich ein kürzeres Zeitmaaß, als das, nach welchem jede Strafart theilbar ist, ergeben sollte, doch unter dieses geringste Maaß nicht herabgegangen werden soll. Nach §. 59 sind als gleichartige Verbrechen im Sinne des §. 58 nur folgende zu betrachten: 1) Aufruhr und Auflauf; 2) Falschmünzen, Münzverfälschen und Verbreiten falschen Geldes; 3) Fälschung von Creditpapieren, des Stempelpapiers und öffentlicher Urkunden; 4) Meineid, leichtsinniger Eid und Eidesbruch; 5) Nothzucht, Schändung, Mißbrauch von Kindern zur Unzucht und widernatürliche Unzucht; 6) Raub, gewaltsame Erpressung und Diebstahl mit Waffen; 7) falsche Anklage und Verläumdung; 8) Diebstahl, Unterschlagung, Betrug und Fälschung. Verbrechen aus Vorsatz und Fahrlässigkeit sind nicht gleichartig. Nach dem thüring. Strafgesetzb. Art. 46 kann gegen denjenigen, welcher eine ihm wegen eines Verbrechen zuerkannte Strafe wenigstens theilweise oder auch in Folge erlangter Begnadigung eine geringere Strafe verbüßt hat, und sich dann des nämlichen oder eines gleichartigen Verbrechens schuldig macht, und das Gesetz nicht schon ohnedies für einen solchen Rückfall eine besondere Strafe verordnet, die ihn sonst treffende Strafe nach Ermessen des Richters nicht nur innerhalb des anzuwendenden gesetzlichen Strafsatzes durch Auswahl einer höheren Strafart oder längeren Strafdauer, sondern auch rücksichtlich der Strafdauer, selbst über das für das fragliche Verbrechen gesetzlich bestimmte höchste Maaß hinaus, erhöht werden. Die Erhöhung soll jedoch höchstens bis zur Verdoppelung derjenigen Strafe, welche ohne Rücksicht auf den Rückfall stattfinden würde, steigen, wobei der Richter bei Auswahl einer höheren Strafart das in dem Schlußsatze des Art. 10 bestimmte wechselseitige Verhältniß der Freiheitsstrafen zu berücksichtigen hat. Bei Arbeitshausstrafe oder Zuchthausstrafe soll die Erhöhung auch niemals über die im Art. 10 geordnete längste Dauer dieser Freiheitsstrafen hinausgehen. Ist der Verbrecher bereits früher wegen Rückfalles mit erhöhter Strafe belegt worden, so ist der Richter ermächtigt, der jetzt wegen Rückfalles zu erkennenden Strafe eine Schärfung beizufügen. Auf eine Schärfung kann derselbe auch dann erkennen, wenn der Verbrecher wegen ungleichartiger Verbrechen früher Strafe erlitten hat. Nach Art. 47 sind von den im besonderen Theile des Gesetzbuches aufgeführten Verbrechen nur die nachstehend unter jeder einzelnen Ziffer aufgeführten als gleichartig zu betrachten: 1) Unzucht mit nicht mannbaren Kindern unter vierzehn Jahren, mit Personen im bewußtlosen Zustande und Nothzucht; 2) Raub und die im Art. 155 und 156 erwähnte Erpressung; 3) Diebstahl, Veruntreuung, Betrug oder Fälschung aus Gewinnsucht und die im Art. 157 gedachte Erpressung; 4) Verfertigung falschen Geldes und falscher öffentlicher Creditpapiere. Der Versuch und die ungleiche Theilnahme sind stets als gleichartig mit dem Verbrechen selbst zu

Digitized by Google

betrachten, nicht aber Begünstigung und unterlassene Anzeige oder Verhinderung des Verbrechens. Vorsätzliche und fahrlässige Verbrechen sind nicht gleichartig. Heimbach sen.

Zuständigkeit (Competenz). Die Lehre von der Zuständigkeit (Competenz) der Gerichte hängt wesentlich mit der Lehre vom Gerichtsstande zusammen. Da diese Lehre bereits in einem früheren Artikel behandelt worden ist[1]), so hat sich der gegenwärtige Artikel theils auf Nachträge zu dem früheren Artikel, theils auf einige mit der in der neuesten Zeit in den meisten teutschen Staaten erfolgten neuen Gerichtsorganisation zusammenhängende Fragen zu beschränken.

A. Nachträge zu dem Artikel „Gericht".

I. Der innere Grund der Gerichtsstände des Wohnortes, der gelegenen Sache und der Obligationen nach römischem Rechte ist neuerdings Gegenstand einer eigenen Untersuchung geworden[2]). Die Ansichten darüber sind abweichend. Der Gerichtsstand am Wohnorte des Beklagten wird meistentheils als selbstverständlich angesehen und der Grund desselben daher nicht angegeben. Den Grund der übrigen genannten Gerichtsstände findet die Mehrzahl der Schriftsteller darin, daß gewisse Sachen, ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit wegen, oft mit leichter Mühe und am besten vor einem gewissen Gerichte verhandelt werden können (Princip der Zweckmäßigkeit; Erleichterung der Rechtsverfolgung und des Beweises)[3]). Andere geben für diese Gerichtsstände keinen Grund an oder leugnen gar die Berechtigung einzelner zur Existenz überhaupt[4]). Das Princip der Erleichterung der Rechtsverfolgung und des Beweises kann, obwohl es in gesetzlichen Aussprüchen eine Stütze gefunden zu haben scheint[5]), doch nicht zu den genannten Gerichtsständen führen. Es würde führen zu dem Gerichtsstande am Wohnorte des Klägers oder der Zeugen und nur in denjenigen Sachen, in welchen eine Einnahme des Augenscheines nöthig ist, zu dem Gerichtsstande der gelegenen Sache. Für die Beweismittel des Eides und der Urkunden giebt es aber kein vor den übrigen in dieser Hinsicht ausgezeichnetes Gericht. Nicht erst in unserer Zeit[6]), sondern schon früher[7]), hat sich die Theorie der freiwilligen

---

1) Vgl. den Artikel: Gericht, Gerichtsbarkeit, Gerichtsstand Bd. IV, S. 541 flg.

2) Vgl. Reatz in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 16, S. 123 flg.

3) Dieser Ansicht sind Grolman, Theorie des Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 36. Linde, Civilproc. §. 87, 91 und im Archiv f. civil. Praxis Bd. 7, S. 59 flg. Hefftter, Civilproceßr. §. 157. Osterloh, Proceß §. 75.

4) So Hefftter a. a. O. O. §. 155 in Ansehung des forum contractus.

5) L. 2. C. III. 21. Nov. 69.

6) Bethmann-Hollweg, über den Gerichtsstand des Contractes u. s. w. in den Versuchen über einzelne Theile des Civilprocesses 1827. Briel, Gerichtsstand aus persönlichen Verbindlichkeiten. 1828.

7) S. die bei Briel a. a. O. §. 7, S. 25, N. 4 Angeführten.

Digitized by Google

Unterwerfung gebildet, welche, ihren Ahfang bei dem forum contractus nehmend, nun durch Savigny[8]) auf die Gerichtsstände des Wohnortes, der gelegenen Sache und des Contractes ausgedehnt worden ist. Hiernach soll der Grund der Competenz eines Gerichtes darin liegen, daß sich Jemand demselben freiwillig unterwerfe. Dürfte unter dieser freiwilligen Unterwerfung eine vollkommen freie Unterwerfung gedacht werden, dann wäre nur derjenige unterworfen, welcher bei seiner Niederlassung oder bei dem Erwerbe des Besitzes oder bei dem Abschlusse eines Vertrages in einem gewissen Bezirke dem diesem (bezüglich dem Erfüllungsorte) vorgesetzten Gerichte seinen bestimmten Willen der Unterwerfung erklärt hätte; derjenige wäre es nicht, welcher diesen Willen nicht oder sogar den gegentheiligen Willen gehabt hätte. Allein so unbeschränkt und frei denkt man sich diesen Willen nicht. Man umgiebt ihn mit der Schranke der Wahl zwischen Niederlassung, Besitzerwerb oder Contrahiren und Unterwerfung einerseits, und Nichtniederlassung, Nichtbesitzerwerb oder Nichtcontrahiren und Nichtunterwerfung andererseits, indem man die Unterwerfung als eine nothwendige Folge der Niederlassung, des Besitzerwerbes und des Contrahirens ansieht. Nun muß freilich von demjenigen, welcher Kenntniß von den rechtlichen Folgen seiner Wahl hat, gesagt werden, daß er, wenn seine Wahl auf Niederlassung, Besitzerwerb oder Contrahiren fällt, freiwillig, wenn gleich vielleicht ungern, der Gerichtsbarkeit des betreffenden Gerichtes sich unterwerfe; von demjenigen aber, welcher diese Kenntniß nicht hat und dessen Wille auf weiter nichts, als auf Niederlassung, Besitzerwerb oder Contrahiren gerichtet ist, läßt sich doch offenbar nicht behaupten, er habe sich einem Gerichte freiwillig unterworfen. Und dennoch ist er unterworfen. Sein Wille ist daher ganz ohne Einfluß; die Thatsache der Niederlassung, des Besitzerwerbes und des Contrahirens allein erzeugt die Unterwerfung, welche somit eine nothwendige ist. Will man sie aber dennoch eine freiwillige nennen, so ist kein Grund, warum man nicht auch das forum delicti commissi auf freiwillige Unterwerfung gründet[9]); denn der Thäter hatte auch die Wahl zwischen Delict und Unterwerfung einerseits, und Nichtverübung des Delicts und Nichtunterwerfung andererseits; wenn er also das Delict vorzog, so mußte er den Willen gehabt haben, sich zu unterwerfen. Nur einer tieferen Begründung und weiteren Ausdehnung bedürftig ist die für das forum contractus aufgestellte Theorie, welche sich auf den Satz stützt: Nihil

8) Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 8, insbesondre S. 16 flg., 67, 72 flg., 107 flg., 169, 200 flg.

9) Dies thut Briel a. a. O. S. 147. Hingegen sagt Savigny a. a. O. S. 240 von diesem Gerichtsstande: „Es hat demnach dieser Gerichtsstand eine ganz eigenthümliche Natur, indem er begründet wird nicht durch freiwillige, sondern durch nothwendige Unterwerfung; diese aber ist eine unmittelbare Folge der Rechtsverletzung, deren sich der Thäter schuldig gemacht hat.“ Nach dem im Texte Bemerkten müßte Savigny diesen Gerichtsstand auch auf freiwillige Unterwerfung gründen.

Digitized by Google

aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, in iudicio persequendi[10]). „Die Klage," sagt Albrecht, „ist nichts als eine Art Beitreibung von Forderungen; wo man solche mithin außergerichtlich beizutreiben berechtigt ist, soll man sie nöthigenfalls auch gerichtlich beitreiben können; wo man die Erfüllung außergerichtlich schuldet, da muß man sich auch gerichtlich darauf belangen lassen." Hiermit ist zwar die Verpflichtung des Schuldners, an dem Erfüllungsorte auf eine Klage des Gläubigers sich einzulassen, nicht aber die Verpflichtung des Gerichtes am Erfüllungsorte, seine Hilfe zu leisten, erklärt. Die neueste von Reatz aufgestellte Ansicht beruht auf folgender Ausführung: Dem Rechte ist die Bestimmung zu Theil geworden, seine Herrschaft über alle menschlichen Verhältnisse zu erstrecken; des Unrechtes Bestimmung ist sein Untergang. Das Unrecht aber ist ein factischer Zustand, welcher den Vorschriften des Rechtes nicht entspricht, eine Rechtsverletzung. Aus ihr entsteht für den Verletzer die Pflicht, das Unrecht zu entfernen; die Uebereinstimmung der factischen mit den vom Rechte geforderten Zuständen wiederherzustellen; für den Verletzten das Recht auf Herstellung dieser Uebereinstimmung durch den Verletzer; und wenn dieser freiwillig seiner Verpflichtung nicht nachkommt, so muß selbst eine gewaltsame Unterdrückung des Unrechtes erlaubt sein. Als das Organ aber, welchem die Function der Unterdrückung des Unrechtes oder die Wiederherstellung des verletzen Rechtes zukommt, erscheint naturgemäß zunächst die verletzte Person selbst, welcher daher ein natürliches Recht auf Selbsthilfe zur Seite steht. Und wenn ihre eigene Kraft zur Bewältigung des Unrechtes nicht ausreichen sollte, so muß ihr gestattet sein, auch der Kräfte Anderer sich zu bedienen, und diejenigen, welche sie anruft, erhalten hierdurch ein natürliches Recht auf Beistand. Dieses Recht auf Selbsthilfe wird dem Verletzten im Staate entzogen, weil Befangenheit in der Beurtheilung den Berechtigten die wahre Gestalt seines Rechtes häufig nicht erkennen läßt; weil Interesse und Leidenschaft den Berechtigten zu einer ausgedehnteren, als der dem wahren Rechte entsprechenden Herrschaft führen können und weil Privatgewalt leicht zu gewaltsamem Widerstande reizt, wodurch die von der Gemeinschaft verfolgten Zwecke vereitelt werden. An die Stelle des eigenen Gerichtes tritt das unbefangene und unparteiische Gericht des Staates, an die Stelle der Selbsthilfe oder Privatgewalt die im Staate allein erlaubte Gewalt, die Achtung gebietende Staatshilfe oder Staatsgewalt. Die Voraussetzung der Entziehung dieses Rechtes auf Selbsthilfe ist aber die Möglichkeit der Gewährung der Staatshilfe. Wenn daher im einzelnen Falle der Staat seine Hilfe zwar zu leisten verpflichtet ist, sie aber nicht leisten will oder nicht leisten kann, dann lebt das natürliche Schutzmittel der Rechte, das Recht auf Selbsthilfe wieder auf. So tritt es practisch

10) Sie wird vertreten von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 36. Linde, Abhandl. Bd. 2, S. 114 flg. Albrecht, Programm über das Motiv des forum contractus S. 27.

Digitized by Google

hervor in Zeiten der Ohnmacht der Staatsgewalt, wenn die angerufene Staatshilfe nicht die Kraft beſitzt, das anerkannte Recht gegen den Widerſtand des Verletzers und ſeines Beiſtandes durchzuſetzen; aber auch in kräftigen Staaten, im Falle der Gefahr auf dem Verzuge, wenn die Gerichte zur Abwendung einer Gefahr von dem Bedrohten nicht mehr angerufen werden können oder doch nicht ſofort ihre Hilfe zu leiſten im Stande ſind. Das Rechtsverhältniß zwiſchen dem Verletzten und dem Staate iſt eine öffentliche rechtliche Obligation, deren Gegenſtand die Leiſtung der Staatshilfe iſt. Das Rechtsverhältniß zwiſchen dem Staate und dem Verletzer iſt ebenfalls eine öffentliche rechtliche Obligation, welche auf Wiederaufhebung der Rechtsverletzung geht. Der Staat hat das Recht zu erkennen, ob ein Recht verletzt ſei oder nicht, und weiſt entweder den angeblich Verletzten zurück oder verurtheilt den Verletzer. Kommt dieſer ſeiner Verbindlichkeit nicht nach, ſo zwingt ihn der Staat zur Erfüllung. Fragt man, welches der Entſtehungsgrund der genannten öffentlich-rechtlichen Obligationen ſei, und betrachtet man andere öffentlich-rechtliche Obligationen und andere öffentliche Rechte überhaupt, und aus dem Kreiſe der erſteren z. B. das Recht des Staates auf Leiſtung militäriſcher Dienſte, beziehungsweiſe die Militärpflicht, ſo findet man, daß nur und allein eigentliche Staatsangehörige, in den Staatsverband Aufgenommene, Inländer die ſchuldigen Subjecte dieſer Obligationen ſind; Ausländer dagegen nicht, ſelbſt wenn ſie im Gebiete dieſes Staates ihren Wohnſitz haben oder ein noch ſo großes Vermögen beſitzen. Auch giebt es gewiſſe öffentliche Rechte, z. B. das active und paſſive Wahlrecht, deſſen Träger nur und allein Inländer ſein können. Der innere Grund iſt der, daß der Staat eine Gemeinſchaft iſt, welche nur ihren Angehörigen Rechte ertheilt und Pflichten auferlegt. Die außerhalb dieſer Gemeinſchaft Stehenden, die Ausländer, Fremden ſind weder berechtigt, noch verpflichtet. Wollte man dieſe Anſchauung auch bei den hier fraglichen öffentlich-rechtlichen Obligationen befolgen, ſo würde man zu dem Satze gelangen: Nur Inländer genießen den Staatsſchutz, nur Inländer ſtehen unter der Gerichtsbarkeit des Staates. Darnach würden die Gerichte des Staates nur Klagen der Inländer gegen Inländer annehmen dürfen; dagegen weder Klagen der Inländer gegen Ausländer, noch Klagen dieſer gegen jene. Hinſichtlich gewiſſer öffentlicher Rechte und Pflichten hat man dieſen Standpunkt der Rechtsloſigkeit und Pflichtloſigkeit der Ausländer verlaſſen und ſich auf den Standpunkt völliger Gleichheit der Rechte und Pflichten zwiſchen Inländern und Ausländern geſtellt. So ſteht, was das Recht der öffentlichen Ausübung der Religion im Inlande anlangt, der Ausländer mit dem Inländer auf gleicher Stufe. Auf der anderen Seite iſt der Ausländer, welcher im Inlande ſeinen Wohnſitz hat, ein Gewerbe treibt oder mit Grund und Boden angeſeſſen iſt, eben ſo ſteuerpflichtig, wie der Inländer. In dieſe Kategorie gehören auch die hier fraglichen öffentlich-rechtlichen Obligationen. Vor der richter-

lichen Gewalt des Staates besteht nach heutigem Rechte kein Unterschied zwischen Inländern und Ausländern. Wenn nun aber Angehörigkeit an den Staat nicht der Entstehungsgrund dieser Obligationen ist, so könnte derselbe etwa darin gefunden werden, daß die Staatshilfe ein Surrogat der Selbsthilfe, ein Aequivalent für die entzogene Selbsthilfe sei. Dann wäre derjenige Staat, in dessen Gebiete im einzelnen Falle Selbsthilfe wider den Verletzer gebraucht werden könnte, dem Verletzten gegenüber verpflichtet, dem Verletzer gegenüber berechtigt. Und da nur an dem Orte, wo Person oder Vermögen des Verletzers sich befindet, Selbsthilfe stattfinden kann, so wäre Anwesenheit des Verletzers oder eines Vermögenstheiles desselben im Staatsgebiete Entstehungsgrund der hier fraglichen Obligationen. Zu diesem Resultate gelangt man, wenn man unter der Bestimmung des Staates nur die verstände: Privatgewalt nicht zu dulden. Das Recht würde darnach nicht um seiner selbst willen, sondern nur zur Abwendung der schädlichen Folgen der Privatgewalt verwirklicht. Die Aufgabe des Staates ist aber eine höhere, als die der Unterdrückung der Selbsthilfe. Er hat die Bestimmung, die Rechtsordnung in seinem Gebiete aufrecht zu erhalten, das Recht in demselben zu verwirklichen und das Unrecht daraus zu entfernen. Diese Rechtsordnung im Staatsgebiete, welche die Uebereinstimmung der factischen mit den vom Rechte geforderten Zuständen ist, bildet gleichsam einen Vermögenstheil des Staates; er hat ein Recht auf Rechtsordnung in seinem Gebiete, ein Recht auf Verwirklichung der Rechtsidee innerhalb seines Gebietes. Nun ist aber jedes rechtswidrige Handeln, Thun oder Unterlassen, jede Verletzung eines Privatrechtes im Staatsgebiete zugleich eine Störung dieser Rechtsordnung, mithin eine Verletzung des Rechts des Staates, und diese Verletzung erzeugt eine öffentlich-rechtliche Obligation zwischen dem Staate, als Verletztem, und dem rechtswidrig Handelnden, als Verletzer, deren Gegenstand die Wiederherstellung der verletzten Rechtsordnung durch Wiederherstellung des verletzten Privatrechtes ist. Weil aber Aufrechterhaltung der Rechtsordnung in seinem Gebiete Bestimmung des Staates ist, so ist er auch demjenigen, dessen Recht daselbst verletzt wurde, seine Hilfe zu gewähren verpflichtet. So ist das rechtswidrige Handeln einer Person im Staatsgebiete der Entstehungsgrund der öffentlich-rechtlichen Obligation, zwischen dem Verletzten und dem Staate, auf Staatshilfe, und zwischen dem Staate und dem Verletzer, auf Wiederaufhebung der Rechtsverletzung, und so gelangt man damit zu dem Rechtssatze: Derjenige Staat ist competent, in dessen Gebiete Jemand rechtswidrig gehandelt hat. Die Gesetzgebung eines Staates könnte sich mit der Aufstellung dieses Rechtssatzes begnügen und seine Anwendung auf die einzelnen Fälle dem Richter überlassen, wenn nicht, seiner Allgemeinheit wegen, Gefahren falscher Anwendung entständen, zu deren Vermeidung es zweckmäßiger erscheint, daß das Gesetz selbst die Anwendung durch nähere Bestimmungen erleichtere. Zu diesem Behufe würde

Digitized by Google

es zunächst die Summe aller rechtswidrigen Handlungen in einzelne Klassen auflösen und dann den Erscheinungsort dieser Handlungen aufsuchen müssen. I. Einzelne Klassen der rechtswidrigen Handlungen. Die Handlung ist entweder ein Thun oder ein Unterlassen. Sie ist rechtmäßig, wenn das Thun oder Unterlassen den Vorschriften des Rechtes entspricht; rechtswidrig, wenn an die Stelle des vom Rechte geforderten Thuns ein Unterlassen, an die Stelle des vom Rechte geforderten Unterlassens ein Thun tritt. 1) Dinglichen Rechten gegenüber erscheint die rechtswidrige Handlung als Thun, als gänzliche oder theilweise Besitzentziehung, als Besitz (rechtswidriger Besitz). 2) Obligationen gegenüber erscheint die rechtswidrige Handlung theils als Unterlassen, theils als Thun, entweder: a) als Nichterfüllung (rechtswidrige Nichterfüllung) oder: b) als Erzeugung einer Obligation (Delict). II. Erscheinungsort der rechtswidrigen Handlungen. 1) Der rechtswidrige Besitz einer Sache kommt an dem Orte zur Erscheinung, wo die Sache liegt (Ort der gelegenen Sache). 2) Die rechtswidrige Nichterfüllung einer Obligation erhält ihr Dasein an dem Orte, wo rechtlich hätte erfüllt werden sollen (Erfüllungsort). 3) Das Delict hat seinen Sitz an dem Orte, wo die schuldvolle Handlung vollendet wurde (Delictsort). 4) Diese Orte sind es jedoch nicht allein, an welchen die genannten rechtswidrigen Handlungen zur Erscheinung gelangen. Es giebt noch einen Ort, welcher allen rechtswidrigen Handlungen einer Person gemeinsam ist; es ist der Aufenthaltsort. Denn die Quelle einer jeden Thätigkeit, einer jeden Unterlassung ist der Wille des Handelnden, welcher an dem Orte seinen Sitz hat, wo der Körper des Handelnden sich befindet. Der Aufenthaltsort der Person ist der Ausgangspunkt und der erste Erscheinungsort ihrer rechtswidrigen Handlungen. Der Besitzer einer fremden Sache besitzt nicht nur am Orte der gelegenen Sache, sondern er besitzt auch an seinem jeweiligen Aufenthaltsorte; denn die Fortdauer oder das Aufhören des Besitzes hängt von seinem Willen ab und hier hat der rechtswidrige Wille, zu besitzen, seinen Sitz. Die Nichterfüllung des Schuldners äußert sich nicht allein am Erfüllungsorte, sondern auch an seinem jeweiligen Aufenthaltsorte; denn die Erfüllung oder die Nichterfüllung der Obligation hängt von seinem Willen ab und hier hat der rechtswidrige Wille, nicht zu erfüllen, seinen Sitz. Die ganze Delictshandlung fällt in der Regel an einen und denselben Ort; sie kann aber auch an zwei Orten zur Erscheinung gelangen, an dem Orte, wo das Delict vollendet wurde, und an dem Aufenthaltsorte des Delinquenten zur Zeit des Delicts, von welchem aus die rechtswidrige Handlung unternommen wurde und wo der rechtswidrige Wille seinen Sitz hatte; z. B. der Brief, welcher eine Drohung enthielt und in Z. seine Wirkung äußern sollte, wurde in A. geschrieben. Mit der Vollendung des Delicts ist eine Obligation entstanden, welcher gegenüber das rechtswidrige Handeln als Nichterfüllung auftritt und am Erfüllungsorte und Aufenthaltsorte zur Erscheinung kommt. Man ge-

Digitized by Google

langt somit zu dem Rechtssatze: Derjenige Staat ist competent, in dessen Gebiete 1) eine Sache rechtswidrig besessen wird, 2) rechtswidrig eine Obligation nicht erfüllt wird, 3) ein Delict verübt (vollendet) wird, 4) der rechtswidrige Besitzer und Schuldner sich aufhält. Die zu große Härte aber, welche dem Beklagten daraus erwächst, daß er überall, wo er sich auch nur vorübergehend aufhält, auf Klagen sich einlassen muß, drängt zu einer Modification des gegebenen Princips [11]). An die Stelle des Aufenthaltsortes tritt der Ort des dauernden Aufenthaltes, des Hauptaufenthaltes, der Wohnort, so daß dieser nun als der allen rechtswidrigen Handlungen einer Person gemeinschaftliche Ort anzusehen ist. In Ermangelung eines Wohnortes tritt der Aufenthaltsort wieder ein. Nach Ermittelung der Competenz des Staates ist noch die Competenz der vom Staate mit der Verwaltung der Rechtspflege betrauten Gerichte zu bestimmen. Folgendes Princip erscheint in dieser Hinsicht das zweckmäßigste: Wie der Regent, als Inhaber der richterlichen Gewalt, zum Staatsgebiete sich verhält, so verhält sich der Richter zu seinem Bezirke. Der Richter ist beauftragt, die Rechtsordnung in seinem Bezirke aufrecht zu erhalten, das Recht in demselben zu verwirklichen und das Unrecht daraus zu entfernen. Er ist competent über diejenigen, welche in seinem Bezirke rechtswidrig handeln, mithin dann, wenn in seinem Bezirke 1) eine Sache rechtswidrig besessen wird, 2) rechtswidrig eine Obligation nicht erfüllt wird, 3) ein Delict verübt wird, 4) der rechtswidrige Besitzer und Schuldner wohnt, beziehungsweise sich aufhält. Das römische Recht stimmt damit insofern überein, als es dieselben vier Gerichtsstände kennt, nämlich: 1) den Gerichtsstand der gelegenen Sache, 2) den Gerichtsstand des Contracts, 3) den Gerichtsstand des Delicts, 4) den Gerichtsstand des Wohnortes. Es fragt sich, ob die Gesetze diese Gerichtsstände als Ausflüsse des Rechtssatzes: dasjenige Gericht ist competent, in dessen Bezirke Jemand rechtswidrig gehandelt hat — ansehen, und wenn dies zu bejahen ist, ob sie den angegebenen inneren Grund haben. Die einzige Quelle, aus welcher man schöpfen kann, ist die Nov. 69. Zwar enthalten die Digesten und der Codex viele Bestimmungen über diese Gerichtsstände; nirgends aber geben sie einen sicheren oder auch nur genügenden Aufschluß über das denselben zum Grunde liegende Princip. Zu Justinian's Zeit war man sich, wie aus der Nov. 69 hervorgeht, eines Princips vollkommen bewußt. Die positiven Bestimmungen dieser Novelle sind folgende: 1) Es soll Jeder in der Provinz, in welcher er ein Delict begangen hat, oder in welcher er Geld schuldet oder eines Verbrechens schuldig ist, es möge sich um Grenzen von Grundeigenthum, oder um Eigenthum, oder um Besitz, oder um eine Hypothek, oder um irgend eine andere Rechts-

---

11) L. 19. §. 2. D. 5. 1. — „durissimum est, quotquot locis quis navigans vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi." Diese Aeußerung bezieht sich zwar nur auf das forum contractus, enthält aber ein allgemeines Princip.

Digitized by Google

ſache handeln, auch verklagt werden und ſich dort einzulaſſen ſchuldig ſein (cap 1. pr.). 2) Befinden alſo Kläger und Beklagter ſich in dieſer Provinz, ſo ſoll der Proceß auf keine Weiſe in eine andere Provinz oder nach der Hauptſtadt (weder vermöge eines Privilegiums, noch vermöge eines kaiſerlichen Specialbefehls) gezogen werden, ſondern er ſoll in jener Provinz zur Entſcheidung gelangen (cap. 2. pr.). 3) Iſt aber der Eine in der Provinz anweſend, der Andere nicht, und es wird gegen den Anweſenden aus dem Hauſe des Abweſenden ein Unrecht begangen, ſo ſoll der Urheber der Rechtsverletzung, ſei dieſer der Procurator oder Miether des Abweſenden, oder irgend ein anderer Angehöriger deſſelben, belangt werden; es iſt aber dem Belangten eine Friſt zu geſtatten, um dem abweſenden Principal, welchen die Sache angeht, von dem Vorgange Nachricht zu geben (cap. 2. pr.). 4) Von dieſen geſetzlichen Beſtimmungen ſoll durchaus kein Privilegium eine Ausnahme begründen, es möge ſolches einer Kirche, milden Stiftung, dem Fiscus oder anderen Theilen des kaiſerlichen Vermögens, Obrigkeiten oder Privatperſonen verliehen ſein (cap. 4. §. 1.). 5) Alle gegen dieſe Beſtimmungen erlaſſenen kaiſerlichen Befehle ſollen ungiltig ſein und die Obrigkeiten, welche ſie annehmen und befolgen, geſtraft werden (cap. 4. §. 2.). Die Veranlaſſung zu dieſer Novelle war ein in den Provinzen des Reiches tief eingeriſſener Unfug, wornach reiche und mächtige Perſonen alle mögliche Rechtswidrigkeiten häuften und dennoch, auf Grund eines Privilegiums, der Gerichtsbarkeit der von den Verletzten angegangenen Provinzialobrigkeiten ſich entzogen. Den Verletzten ſtanden in ſolchen zwei gleich ſchwierige Wege offen. Entweder mußten ſie an dem privilegirten Gerichtsſtande der Beklagten in der Hauptſtadt oder in einer anderen vielleicht weit entlegenern Provinz den Rechtsſtreit mit großen Opfern an Zeit, Geld und Mühe führen, oder ſie mußten das Unrecht dulden, was gewiß um ſo häufiger geſchah, in je geringerem Verhältniß der Werth des entzogenen Gegenſtandes zu den auf ſeine Wiedergewinnung zu verwendenden Opfern ſtand. Im erſteren Falle war überdies der Erfolg ihrer Klagen noch zweifelhaft, weil die Schwierigkeit des Beweiſes einer in entfernten Gegenden vorgenommenen rechtswidrigen Handlung häufig zur Unmöglichkeit ſich ſteigerte. Dieſe Gerichtsſtandsprivilegien mußten nun eine beſonders reiche Quelle des Unrechtes werden; denn gerade in der Hoffnung, daß ihre Ungerechtigkeiten ungeahndet und unbeſtraft bleiben würden, begingen Viele Unrecht, und die Zahl der Rechtswidrigkeiten mußte in demſelben Verhältniß zunehmen, in welchem die gegründete Furcht vor Beſtrafung abnahm, oder je entfernter überhaupt die Ausſicht auf richterlichen Zwang war. Die über dieſen Unfug entſtandenen gerechten Klagen der Provinzialbewohner drangen zu Juſtinian, bei welchem ſie Gehör und Würdigung fanden[12]), indem er in der Nov. 69 die Aufhebung der privilegirten Ge-

12) Nov. 69. praef. cap. 1. §. 1., cap. 4. §. 1. 3.

Digitized by Google

richtsſtände verordnete. Damit war aber zugleich ſtillſchweigend beſtimmt, daß die bisher Privilegirten von jetzt an den gemeinen Gerichtsſtänden unterworfen ſein ſollten; einer ausdrücklichen Verfügung hätte es dieſerhalb nicht bedurft. Sollte aber eine ausdrückliche Beſtimmung getroffen werden, ſo wäre eine einfache Verweiſung auf das in dieſer Beziehung geltende Recht oder eine einfache Aufzählung der Gerichtsſtände hinreichend geweſen. Statt deſſen ſtellt Juſtinian an die Spitze des dispoſitiven Theiles ſeiner Novelle einen Rechtsſatz, aus welchem ſich mit Klarheit ergeben ſoll, welchem Gerichte im einzelnen Falle der Verletzer eines Rechtes unterworfen ſei. Und dieſer Rechtsſatz iſt kein anderer als der oben aufgeſtellte: Dasjenige Gericht iſt competent, in deſſen Bezirke Jemand rechtswidrig gehandelt hat. „Praecipimus, ut unus quisque in provincia, in qua deliquit, vel in qua pecuniae vel criminis reus fit, ibi quoque iudicium accipiat.“ Als Ausflüſſe dieſes Rechtsſatzes werden genannt, das forum rei sitae, delicti commissi und contractus (cap. 1. §. 1. und „aut alia quacunque de causa agatur vel de alia quadam re litiget“). Das „deliquit“ und „pecuniae reus fit“ wird näher beſtimmt durch den Zuſatz: „sive de finibus terrae, sive de dominio, sive de possessione, aut hypotheca, aut alia quacunque de causa agatur;“ ferner durch den Satz in der praefatio: „Nam qui in loco aliquo malo quodam afficitur, vel quid rerum suarum amittit, aut de finibus terrae, vel de dominio, vel de possessione, vel de pignore, vel de alia quadam re litigat;“ und erläutert durch die Ausdrücke: delicta quidem in provinciis perpetrant (praef.), iniuria afficitur, qui iniuriam fecit (cap. 2. pr.) u. ſ. w. — Dieſe von Reatz aufgeſtellte Anſicht iſt nicht neu. Früher bezog man die Nov. 69 gewöhnlich nur auf das forum delicti commissi. Erſt Bethmann-Hollweg[13]) erkannte, daß ſie den viel umfaſſenderen Zweck habe, die verſchiedenen ſpeciellen Gerichtsſtände, das forum rei sitae, das forum contractus und das forum delicti commissi auf Ein allgemeines Princip zurückzuführen und zu Gunſten des Klägers möglichſt zu erweitern. Für Klagen aller Art werde ein neuer Gerichtsſtand da angeordnet, wo die den Beklagten obligirende Thatſache vorgekommen ſei, möge dies nun ein Contract oder ein Delict, der Beſitz bei der Vindication und hypothekariſchen Klage, oder ſonſt irgend eine verletzende Handlung ſein, damit nur der Kläger da klagen könne, wo er das Unrecht erlitten hat und nicht nöthig habe, dem Beklagten in ſeinen Gerichtsſtand zu folgen. Dies ſolle eine Erweiterung ſein von demjenigen, was ſchon die früheren Geſetzgeber, nur nicht durchgreifend genug, angeordnet hätten; d. h. es ſollten die einzelnen und beſchränkteren Gerichtsſtände des älteren Rechtes hiermit auf Ein Princip gegründet und möglichſt ausgedehnt werden. Daß Juſtinian ſelbſt dieſes Princip als eine Erweiterung der früheren Geſetze anſehe, folge aus den Worten: „*τοῦτο δὴ τὸ καὶ τοῖς πρὸ ἡμῶν*

13) A. a. O. S. 66 flg.

νομοθέταις ποικίλως μέν, εἰρημένον δὲ ὅμως, εἰ καὶ μὴ καθαρῶς καὶ ὡς ἡμεῖς αὐτὸ διενοήθημεν“ (cap. 1. pr.). Schon nach älterem Rechte habe für Contractsobligationen das forum contractus beſtanden; das forum delicti commissi nicht für alle actiones ex maleficio, ſondern nur für die poſſeſſoriſchen Klagen; das forum rei sitae vielleicht nur für die Vindication, nicht für die übrigen dinglichen Klagen. Dies nenne Juſtinian *ποικίλως*, varie. Er habe eine durchgreifende Verfügung gemacht (*καθαρῶς*): alle actiones ex maleficio ſollen in foro delicti commissi angeſtellt werden, alle actiones in rem in foro rei sitae und überhaupt Jeder da Recht nehmen, wo er ſich dem Kläger verpflichtet habe. Der Verſuch nun, die einzelnen und beſchränkteren ſpeciellen Gerichtsſtände des älteren Rechtes auf Ein Princip zu gründen und möglichſt auszudehnen, ſei unglücklich ausgefallen; Juſtinian's Verfügung ſei unbeſtimmt und ihre Anwendung ſchwierig. Doch ſcheine Folgendes ziemlich ſicher. 1) Man ſei durch jenes Geſetz ermächtigt, jene ſpeciellen Gerichtsſtände, alſo namentlich das forum rei sitae, möglichſt weit auszudehnen. 2) Für dieſe Ausdehnung ſei hier, was das forum rei sitae betrifft, als allgemeiner Geſichtspunkt folgender gegeben: wo das Recht des Klägers verletzt werde, da müſſe ihm auch der Beklagte zu Recht ſtehen. Bethmann-Hollweg giebt mithin zu, daß Nov. 69 das Princip enthalte, daß dasjenige Gericht competent ſei, in deſſen Bezirk Jemand rechtswidrig gehandelt hat. Dagegen liegt nach ſeiner Behauptung dieſes Princip den Gerichtsſtänden des älteren Rechtes nicht zu Grunde, ſondern iſt erſt von Juſtinian eingeführt worden. Zum Beweiſe beruft er ſich auf den oben angeführten Ausſpruch des Kaiſers. Juſtinian hat aber, wie Reatz[14]) mit Recht bemerkt, geglaubt, er führe durch die Aufſtellung des fraglichen Satzes nichts Neues ein; dieſer ſei vielmehr ſchon dem älteren Rechte bekannt geweſen und habe die Grundlage der genannten Gerichtsſtände gebildet. Denn dieſen Glauben ſpricht der Kaiſer in den oben angeführten griechiſchen Worten aus. Reatz will dieſelben ſo wiedergeben: „Dieſer Rechtsſatz iſt ſchon von früheren Geſetzgebern in vielen und mannichfaltigen Fällen ausgeſprochen worden, wenngleich nicht rein, klar, prácis formulirt und wie wir ihn ausgedacht haben“, und dies iſt, ſeiner Anſicht nach, die Bedeutung von *ποικίλως* und *καθαρῶς*. Wenn wir gleich, was die Erklärung des Wortes *καθαρῶς* betrifft, mit ihm übereinſtimmen, ſo müſſen wir doch hinſichtlich der Erklärung des Wortes *ποικίλως* von ihm abweichen. Daſſelbe bedeutet nämlich nicht „in vielen und mannichfaltigen Fällen“, ſondern „in verſchiedener mannichfaltiger Weiſe“. Der Sinn jener Worte iſt alſo: „Dieſer Rechtsſatz iſt ſchon von früheren Geſetzgebern in verſchiedener und mannichfaltiger Weiſe ausgeſprochen worden, wenngleich nicht rein, klar, prácis formulirt und wie wir ihn ausgedacht haben.“ Juſtinian ſagt ſelbſt, daß

14) In der Zeitſchr. f. Civilr. u. Proc. a. a. O. S. 145.

Digitized by Google

dieſes Princip den Anordnungen und Entſcheidungen früherer Geſetzgeber zu Grunde gelegen habe, und er ſelbſt nimmt für ſich nur das Verdienſt einer klareren Erkennung und ſchärferen Formulirung eines bisher in Geltung geweſenen Rechtsſatzes in Anſpruch. Da man nun annehmen darf, des Kaiſers Zeugniß über das Daſein eines Rechtsſatzes zu ſeiner und einer ihm vorausgegangenen Zeit (der Anfang dieſer Zeit läßt ſich freilich weder beſtimmen, noch vermuthen) ſei glaubwürdig, insbeſondre weil er hier ausnahmsweiſe von ſeinen Verdienſten mit Beſcheidenheit ſpricht, ſo ſpricht die Vermuthung dafür, daß den genannten Gerichtsſtänden zu jenen Zeiten allerdings das in der Novelle enthaltene Princip zu Grunde gelegen habe. Wenn Bethmann-Hollweg behauptet: „Wie unglücklich dieſer Verſuch ausgefallen, wie unbeſtimmt Juſtinian's Verfügung und wie ſchwierig ihre Anwendung ſei, wenn wir ſie in dieſem Sinne nehmen, wird Jedem einleuchten" — ſo wird dieſe Behauptung durch ihn ſelbſt ſofort widerlegt, indem er ſelbſt das forum rei sitae mit Recht auf dieſes Princip gebaut hat, das Princip ſelbſt für ihn daher nichts Unbeſtimmtes enthielt und deſſen Anwendung ihm keine beſonderen Schwierigkeiten gemacht hat, da er „in Uebereinſtimmung mit der Praxis" das forum rei sitae annimmt: 1) für alle Klagen aus dinglichen Rechten; 2) für die hereditatis petitio; 3) bei den actiones mixtae, den Theilungsklagen, welchen mittelbar ein dingliches Rechtsverhältniß zum Grunde liegt, weshalb man ſagen kann, daß die Rechtsverletzung an dem Orte, wo die Sache gelegen iſt, erfolge (für die actio finium regundorum ſagt es überdies die Novelle ausdrücklich); 4) bei denjenigen actiones in rem scriptae, welche gegen den Beſitzer einer körperlichen Sache als ſolcher gehen, z. B. actio ad exhibendum, wieder nach dem allgemeinen Princip der Novelle. Mit Berufung auf Bethmann-Hollweg bemerkt Bayer[15]): „Die Verordnung Juſtinian's in der Nov. 69 beſchränkt ſich übrigens keineswegs blos auf das forum delicti allein (obgleich gewiſſermaßen alle Veranlaſſungen zu einer gerichtlichen Klage auf den Geſichtspunkt einer unerlaubten Handlung zurückgeführt werden), — ſondern enthält ein allgemeines Princip, welches auf das forum rei sitae und ſelbſt auf das forum contractus angewendet werden könnte. Allein eine ſichere Anwendung dieſes Geſetzes auf die verſchiedenen Fälle des fori contractus und rei sitae iſt durch die unbeſtimmte und vage Faſſung deſſelben, — wobei auf die Beſtimmungen des älteren Rechtes keine Rückſicht genommen iſt, — ſo ſehr erſchwert, daß es nicht blos zu erklären, ſondern ſelbſt zu entſchuldigen iſt, wenn die Mehrzahl der Proceßſchriftſteller jene Novelle vorzugsweiſe nur bei dem forum delicti beachtet." Auch Savigny[16]) erkennt dieſes Princip an, indem er ſagt: „Die Nov. 69. c. 1 führt den Gerichtsſtand ſtets zurück auf den Ort der

15) Vorträge über den ordentl. Proceß §. 68, S. 206 3. Aufl.
16) Syſtem Bd. 8, S. 309, N. r.

Digitized by Google

Rechtsverletzung." Der Auffassung von Reatz kommt der von Albrecht[17]) ziemlich nahe, welcher sich dahin ausspricht: „In der That ist auch ein gemeinschaftliches inneres Princip, auf welches sich unser forum contractus wie delicti zurückführen läßt, nicht zu verkennen; es liegt in dem Orte, wo man Schuldner wird. — Diesen gemeinsamen Gesichtspunkt hat noch Justinian selbst, wenn anders seine Absicht, über das innere Wesen der Gerichtsstände überhaupt etwas zu bestimmen, nicht geradezu geleugnet werden will, in der berüchtigten Nov. 69. c. 1 angedeutet, namentlich durch die Worte: „in qua provincia pecuniarum aut criminum reus fit .... illic etiam iuri subiaceat." Der Ausdruck: Ort, wo man Schuldner wird, ist aber wohl, wie Reatz bemerkt, unrichtig gewählt, und von Albrecht auch nicht so verstanden worden, wie er eigentlich verstanden werden müßte. Denn der „Ort, wo man Schuldner wird", ist der Ort, wo das obligatorische Geschäft abgeschlossen wurde, wo es seine Perfection erlangte, nicht aber der Erfüllungsort, welchen Albrecht meint. Der Erfüllungsort ist der Ort, wo man Schuldner ist. Dann paßt aber auch der Ausdruck „Schuldner" nicht; denn der Beklagte ist nicht deshalb dem Gerichte am Erfüllungsorte unterworfen, weil er daselbst schuldet, sondern weil er daselbst schuldet und rechtswidrig noch nicht gezahlt hat. — Fragt man nach dem inneren Grunde, auf welchem der Justinianeische Gerichtsstand am Orte der Rechtsverletzung beruht, so findet sich in den Quellen des römischen Rechtes mehrfach der Grundsatz angewendet, daß sich die Competenz einer jeden Staatsbehörde auf ihr Territorium (Provinz) erstrecke[18]), und man darf daher auch mit Recht annehmen, daß die mit der Verwaltung der Rechtspflege betraute römische Behörde, deren Aufgabe es ja überhaupt war, das Recht zu verwirklichen und das Unrecht zu unterdrücken, dies innerhalb ihres Bezirkes thun, mit andern Worten, die Rechtsordnung in ihrem Bezirke aufrecht erhalten und deshalb hinsichtlich jeder darin vorkommenden Rechtsverletzung competent sein solle. Diese Annahme wird durch einen Ausspruch des Kaisers in der Nov. 69 praef. bestätigt[19]). Der Kaiser hatte sich die Aufgabe gestellt, die Gerechtigkeit in seinen Provinzen zum wirklichen Dasein zu bringen. Zunächst will er dem Unrechte vorbeugen, indem er durch Abschaffung der privilegirten Gerichtsstände und Ermöglichung einer rascheren und sicherern Rechtspflege Vielen, welche nur im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Gebrechen der bisherigen Organisation Unrecht begangen haben, die Lust zu Unrecht und Frevelthaten benimmt und damit die Zahl der Ungerechtigkeiten jedenfalls vermindert. Ist aber einmal in einer Provinz Unrecht geschehen, die Rechtsordnung dieser Provinz mithin gestört,

17) A. a. O. S. 36.

19) L. 13. pr. D. 1. 18. L. un. C. 10. 75. Nov. 17. cap. 2., cap. 4. §. 1. Nov. 80.

19) Vgl. Nov. 69. praef. von den Worten: *Μίαν μὲν — πρὸς ἰσχὺν πρέπουσαν ἀγαγεῖν ᾠήθημεν χρῆναι*, in Verbindung mit dem Anfange des cap. 1.

Digitized by Google

dann ist der dieser Provinz vorgesetzte Richter über den Urheber der Rechtsverletzung für zuständig erklärt. Bestimmt also nach Justinianeischem Rechte der Ort der Rechtsverletzung den Gerichtsstand und liegt der innere Grund hiervon darin, daß der Richter die Aufgabe hat, die Rechtsordnung in seinem Bezirke aufrecht zu erhalten, und ist nach dem früher Bemerkten der Wohnort, beziehungsweise der Aufenthaltsort des Urhebers der Rechtsverletzung auch Ort der Rechtsverletzung, so darf man sich durch den Umstand, daß Justinian nur die Gerichtsstände der gelegenen Sache, des Contracts und des Delicts als Anwendungen seines Princips anführt und über den Gerichtsstand des Wohnortes schweigt, nicht irre machen lassen.

II. Grundsätze der teutschen Rechtsquellen des Mittelalters über den Gerichtsstand[20]). Bei Behandlung der Lehre von dem Gerichtsstande geht man gewöhnlich von den wenigen Bestimmungen aus, welche sich in dem römischen und kanonischen Rechte finden, und berücksichtigt die teutschen Rechtsquellen des Mittelalters nur in sehr dürftiger Weise. Höchstens werden einzelne Stellen der Volksrechte, des Sachsenspiegels und Schwabenspiegels angeführt, um dann sofort zu den späteren Reichsgesetzen überzugehen. Die Zusammenstellung der nach den älteren teutschen Rechtsquellen geltenden Grundsätze ist sehr interessant, weil die Hauptgrundsätze jener Zeit mit den heutzutage anerkannten sehr übereinstimmen. Das geltende Recht steht auch hier in weit loserem Zusammenhange mit den fremden Rechten, als man gewöhnlich annimmt; das teutsche Recht hat für die Ausbildung des neueren Rechtes bedeutend mitgewirkt, und man hat aus den dürftigen Sätzen des fremden Rechtes dasjenige abzuleiten sich bemüht, was in der einheimischen Praxis schon lange gegolten hatte. Hier sind nur die Grundsätze zu erwähnen, welche das teutsche Recht für die verschiedenen, mit gleicher Competenz ausgerüsteten, einander coordinirten Gerichte befolgte.

1) Aeltere Zeit. In der ältesten Zeit war für den Vollfreien der Gerichtsstand am Orte der Heimath begründet. Das äußere Zeichen der Heimath oder des Familien- und Stammsitzes war das Hantgemal, d. i. „das freie, mit einem etwa wehrhaften Wohnsitze versehene Grundstück eines Vollfreien, welches als Haupt- und Stammgut des Geschlechtes ungetheilt auf den Aeltesten der Schwerdtseite sich vererbt“[21]). Die Teutschen kannten ebenso wie die Römer neben dem domicilium auch eine origo im juristischen Sinne, nur mit dem Unterschiede gegen das römische Recht, daß die teutsche Heimath nicht der Ort ist, wo eine Person geboren wurde oder das Bürgerrecht besaß, sondern

20) Vgl. darüber Stobbe in den Jahrb. f. gem. teutsches Recht, herausgegeben von Bekker und Muther Bd. 1, S. 427—462. Diese Abhandlung ist hier benutzt worden.

21) Homeyer, über die Heimath nach altteutschem Rechte, insbesondre über das Hantgemal. Berlin 1852.

Digitized by Google

wo das Geschlecht ursprünglich seinen Sitz hatte. Nur für die älteste Zeit scheint diese Heimath die Bedeutung des gemeinen Gerichtsstandes gehabt zu haben. Während in den älteren Zeiten, nachdem einmal die Völkerstämme zur Ruhe gekommen waren und feste Sitze eingenommen hatten, nicht leicht ein Grund zum Aufgeben des bisherigen Wohnsitzes und zum Verlassen des Landes der Väter eintreten mochte, entsteht mit dem späteren Mittelalter wieder eine größere Beweglichkeit. Jetzt werden bisher unangebaute oder von nichtteutschen Stämmen bewohnte Gegenden durch Colonisten aus weiter Ferne bevölkert und germanisirt; der aufblühende Handel und Verkehr in den Städten führt eine größere Regsamkeit, einen öfteren Wechsel des Wohnsitzes herbei. In dieser Zeit des bewegteren Lebens und der Vielseitigkeit der Interessen schwand die Erinnerung an die frühere Heimath und die Bedeutung des Hantgemals fast ganz. Jenes forum originis ging auch in seinen letzten Spuren verloren, und das schon in früherer Zeit neben ihm anerkannte forum domicilii trat völlig in seine Stelle. Das Genauere ist folgendes. In älterer Zeit, über welche die Nachrichten sehr dürftig sind, war der ordentliche Gerichtsstand wahrscheinlich der der Heimath; des Ortes, wo Jemand sein Hantgemal hatte[22]). Aber schon nach den ältesten Rechtsquellen kommt er nur ausnahmsweise zur Anwendung, bei Klagen de hereditate und de libertate[23]). Gerade in den wichtigsten eine Person betreffenden Civilfällen, wenn es sich um ihren Stand und um ihren ererbten Grundbesitz handelt, welcher ihr die Möglichkeit gewährt, sich in der Unabhängigkeit ihres Standes zu behaupten, soll nach der in der Note angeführten Stelle das Gericht der Heimath des Beklagten, der legitimus sacramenti locus angegangen werden. Dieser für die feierliche Eidesleistung bestimmte Ort ist die wahre Heimath, der Gerichtsbezirk, in welchem das Hantgemal liegt[24]). Der Streit über den status soll bei dem Hantgemal geführt werden: nur hier, wo die Verwandten des Beklagten leben, wo sein Geschlecht genau bekannt ist, wird er Eideshelfer finden, mit deren Schwur er seinen Stand behauptet. Ueberall, wo es sich nicht um jene wichtigsten Lebensgüter handelt, ist der Ort, wo Jemand sich gewöhnlich aufzuhalten pflegt, sein Gerichtsstand (forum domicilii). Im Gegensatze gegen die patria, den legitimus sacramenti locus nennt ihn das in der Note 23 angeführte Gesetz: aliena patria, ubi vel propter beneficium vel propter aliam quamlibet occasionem assidae conversari solet, und läßt auch hier Eide mit Eideshelfern leisten. Das forum domicilii ist bei allen vermögensrechtlichen Ansprüchen competent, soweit sie nicht ererbtes Eigen betreffen (de conquisito suo vel de mancipiis). Aus diesen geringen Nachrichten der Volks-

22) Homeyer S. 54 flg.

23) Cap. Longob. a. 801. c. 10. (Pertz I. p. 84.; vgl. Anseg. IV. 71.) Vergleiche auch von den Capitularien Cap. a. 817. §. 14. (Pertz I. 212. 213., Anseg. IV. 26.) a. 826. c. 4. (Pertz I. 256.)

24) L. Salica extrav. 2. (Merkel p. 100.)

Digitized by Google

rechte und Capitularien laſſen ſich ſichere Anhaltepunkte gewinnen, um die Fortbildung der ſpäteren Zeit zu verfolgen.

2) Die Zeit der Rechtsbücher und Stadtrechte. Von den Grundſätzen, welche ſich in den Landgerichten ausbildeten, ſind die der Städte zu unterſcheiden. Wie überhaupt die Städte des Mittelalters kleine ſelbſtſtändige Gemeinweſen von faſt ſtaatlicher Natur ſind, ſo macht ſich auch für die Competenz ihrer Gerichte eine Ausſchließlichkeit und ein Particularismus geltend, welcher den bisherigen Regeln entſchieden entgegentritt. Es ſind bei den einzelnen Gerichtsſtänden die dem Landrechte und Stadtrechte gemeinſchaftlichen Grundſätze zuſammenzufaſſen, auf etwaige Verſchiedenheiten Rückſicht zu nehmen und ſchließlich auf die ſtädtiſchen privilegia de non evocando ein Blick zu werfen. 1) Von der Bedeutung des Hantgemals und des alten Heimathsrechtes für den Gerichtsſtand ſind einzelne Spuren im Sachſenſpiegel (Landrecht) übrig geblieben[25]). Was in dem in der Note 23 angeführten Capitulare patria heißt, verſteht der Sachſenſpiegel unter inwendigem Gericht, welcher Ausdruck allerdings nicht vorkommt, deſſen Gegenſatz, das auswendige Gericht, indeſſen öfters erläutert wird[26]). Im Gegenſatze gegen die verſchiedenen Gerichtsſtände, welche regelmäßig zur Anwendung kommen, hat ſich für den Zweikampf der Schöffenbaren der urſprüngliche alte Gerichtsſtand der Heimath (das inwendige Gericht) erhalten[27]). Nur auf heimathlichem Boden, wo das Hantgemal liegt, an dem Orte, aus welchem das Geſchlecht abſtammt, ſoll der Zweikampf ausgefochten werden. Hier werden alſo nach dem Sachſenſpiegel alle diejenigen Streitigkeiten der Schöffenbaren gerichtet werden, in welchen es zum Kampfe kommt, d. i. bei Anklagen wegen Friedensbruch, Raub, Todtſchlag, Wunden[28]), wenn die Parteien den Zweikampf als Beweismittel wählen. 2) Je mehr die Bedeutung des Hantgemals für den Gerichtsſtand abnimmt, deſto mehr wird der Ort, wo Jemand ſeinen Aufenthalt, ſein Domicil, nimmt, als der regelmäßige Gerichtsſtand anerkannt. Im Sachſenſpiegel[29]) wird dieſer Gerichtsſtand des Wohnortes mit den Worten angedeutet: „he ne hebbe wonunge oder gut binnen", und auch ſonſt ſehr oft durch die Regel bezeichnet, daß der Ort des Proceſſes ſich nach dem Wohnorte des Beklagten richtet. Unzweifelhaft tritt daſſelbe ein, wo beide ſtreitende Theile derſelben Gemeinde angehören[30]). Da der Wohnort der allgemeine ordentliche Gerichtsſtand war, ſo fehlt es an den genaueren Beſtimmungen, welche Klagen hier anzuſtellen ſeien, ebenſo

---

25) Homeyer S. 58.
26) Sächſ. Landr. III, 25, §. 2.
27) Sächſ. Landr. III, 33, §. 3. III, 26, §. 2. Vgl. auch III, 79, §. 3.
28) S. Homeyer, Sachſenſpiegel Regiſter s. v. kamp und Hantgemal S. 60, 61.
29) Sächſ. Landr. III, 25, §. 2.
30) Sächſ. Landr. III, 87, §. 2.

wie der Begriff des Wohnsitzes in den teutschen Rechtsquellen nicht entwickelt wird. 3) Dieselben Gründe, wodurch die römischen Kaiser bewogen wurden, das forum rei sitae einzuführen [31]), treffen für das teutsche Recht, welches dem Grundbesitze von jeher die größte Bedeutung beigelegt hat, in noch erhöhtem Maaße zu. Da der Besitz von Grundstücken die Bedingung für die Theilnahme an den Gemeinderechten war, so erschien derjenige Richter und diejenige Gemeinde, in deren Bezirke das Grundstück lag, als recht eigentlich befugt, über das dingliche Recht zu erkennen. Da ferner die Gerichtsgewalt sich nicht blos auf eine Anzahl von Personen, sondern auf einen ganzen Sprengel in territorialem Sinne erstreckt, so war es natürlich, daß man dem Richter auch die Gerichtsbarkeit über alle in seinem Sprengel liegenden Grundstücke zuschrieb. Sowie das Grundstück in dem Gerichtsbezirke übertragen wird, in welchem es liegt, und Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Nähe des Grundstückes vorgenommen werden, auf welches sie sich beziehen, so erschien es auch nothwendig, daß die Streitigkeiten über Rechte an Grundstücken in demselben Gerichte zur Erledigung gelangten. Dazu kommt noch der bedeutsame praktische Gesichtspunkt, daß da, wo es sich um Geltendmachung, Uebertragung und Aufgeben von Rechten an Grundstücken handelt, das Zeugniß und die Mitwissenschaft der Gemeindegenossen von der größten Wichtigkeit sein muß. Von den zahlreichen Stellen, welche diesen Gerichtsstand nach seinen verschiedenen Anwendungen erwähnen, sind nur einige besonders interessante hervorzuheben. So sagt der Sachsenspiegel [32]), obgleich der König über Jeden richten dürfe, so sei dies doch bei Klagen über Eigen dahin zu beschränken, daß das Gericht in dem Lande, in welchem es liegt, zu halten sei, und der Beklagte an einem anderen Orte die Antwort verweigern dürfe. Schon diese Stelle zeigt den Gegensatz gegen das römische Recht, daß, während nach diesem das forum rei sitae mit dem forum domicilii electiv concurrirt, nach teutschem Rechte das forum rei sitae der ausschließliche Gerichtsstand ist [33]). Ebenso wie der Sachsenspiegel spricht sich der Richtsteig des Landrechts aus [34]); der Grundsatz der Ausschließlichkeit des forum rei sitae durchschneidet alle noch so generell gefaßten Privilegien, welche einzelne Klassen von Personen für ihren Gerichtsstand erhalten

---

31) Bethmann-Hollweg, Versuche S. 53 flg.

32) Sächs. Landr. III, 33, §. 1, 4: „Jewelk man hevet sin recht vorme koninge. — Spricht man ok sin egen an, dar ne dorf he nicht vore antwerden, denne in deme lande, dor't binnen gelegen is."

33) Sächs. Landr. III, 25, §. 2. Schwabensp. Cap. 297. Andere Stellen bei Stobbe a. a. O. S. 435, N. 6. Platner, histor. Entwickelung u. s. w. Bd. 2, S. 279, N. 1. Homeyer, Hantgemal S. 58, N. 96. Hefftter, Civilproceßrecht §. 157, N. 64.

34) Richtst. Landr. 23, §. 4: „Beclaget men di ok umme din egen in eme anderen richte dar it nicht inne licht, so vrag of tu ergen umme din egen dorvest antwerden, wen in deme gerichte dar it in licht. So vintme du ne dorvest, al weret ok vorme rike."

Digitized by Google

haben. Die Städter, welche allmälig die Exemtion von den Landgerichten erlangt hatten und nur vor dem Stadtgerichte zu Recht standen, müssen die Ausnahme anerkennen, daß ihre Streitigkeiten über Grundbesitz vor dasjenige Landgericht gehören, in dessen Bezirke er liegt. Von den zahlreichen Stellen, welche dies aussprechen [35]), drückt dies am Genauesten das Frankfurter Recht von 1297 aus [36]). Nach diesem gehören Klagen über Erbgut in das Hofgericht, über Eigen vor das Landgericht, über Lehen vor das Lehnsgericht. Ferner soll die der geistlichen Gerichtsbarkeit unterworfene Geistlichkeit bei Klagen über Immobilien ebenfalls vor dem weltlichen Richter sich verantworten [37]), und die von dem Stadtgerichte eximirten Ritter, welche außerhalb der Stadt wohnen, sind dem Stadtgerichte unterworfen, wo es sich um Grundstücke handelt, welche ihnen im Weichbilde gehören [38]). Dieselben Grundsätze, wie für den Streit um Immobilien, gelten auch für den Vertrag und für Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sobald sie sich auf ein Grundstück beziehen, werden sie nur dadurch rechtlich wirksam, daß sie an dem Orte oder in dem Gerichte vollzogen werden, wo das betreffende Grundstück liegt [39]). Eine Schwierigkeit trat ein, wenn derjenige, welcher ein dingliches Recht an seinem Grundstücke übertragen will, weit entfernt von seinem Gute sich aufhält und es keine Möglichkeit für ihn giebt, in kürzerer Frist in das forum rei sitae zu kommen. Hier konnte er den Erwerber nur durch ein verstärktes Versprechen schützen, die Handlung später noch im Gerichtssprengel der gelegenen Sache vornehmen zu wollen. Daher können dingliche Rechte an Grundstücken, welche in mehreren Gerichtsbezirken liegen, nicht durch einen einzigen Act begründet werden [40]). Aus diesen Grundsätzen

---

35) Regensb. Stadtr. v. 1230 §. 18. Privilegium für Straßburg a. 1129. (Schöpflin, Alsatia diplom. I. nr. 255.) Hamburger Recht v. 1270 IX, 7. Münchener Stadtr. Art. 52, 271. Brünner Schöffensatzungen Nr. 230 und Schöffenbuch Art. 29. Bremer Urtheil a. 1334 (Oelrich's S. 185). Magdeb. Urtheil a. 1424 (bei Neumann Nr. 7).

36) Frankf. Recht v. 1297 §. 2: „Si actio est pro hereditate, monstrabimus in curiam; si pro proprietate, monstrabimus in civitatem, ubi bona sunt sita, de quibus quaestio movetur; si est pro feodo, ostendemus ad dominum feodi."

37) Böhmer, Regesten a. 1230 Nr. 674.

38) Brünner Schöffenbuch Nr. 32.

39) Ansegis. IV. c. 18. Sächs. Landr. I, 21, §. 1. Culm. Recht III, 101. (Magdeburg. Schöffenurtheil bei Böhme S. 118, 6.) Urkunde über eine Auflassung a. 1222. (Lacomblet II, Nr. 106.)

40) In der Mitte des 15. Jahrhunderts schreibt das Görlitzer Gericht nach Magdeburg (Neumann, Magdeb. Weisthümer Nr. 13): „Petir had Ursulan seiner elichen hausfrowen 200 margk gl. uffgegebn uff allen sinen gutern nach sinm tode zcu habn. Dovor had gelobet des gnanten Petirs vater bey alle seynen gutern. So had die gnante Ursula dem gnanten Petir ... widder uffgegheben was sy had oder ymmer gewynnet nach orem tode zcu habn." Die Magdeburger Schöffen entscheiden, eine solche Gabe könne nur Kraft für diejenigen Güter haben, welche im Gerichte des Erbvertrages liegen: „Was aber die frouwe an standen eygen und liggenden grunden in andirn gerichten gehabit had, de sint mit der gobe nicht vorghebn noch vorbunden."

Digitized by Google

über das forum rei sitae erklärt es ſich, warum häufig nicht blos eine Auflaſſung, ſondern mehrere Handlungen vor verſchiedenen Gerichten vorgenommen wurden. War nämlich der Wille, ein Grundſtück zu übertragen, und von der anderen Seite, zu empfangen, an demjenigen Orte erklärt, an welchem entweder zufällig die Contrahenten zuſammen waren oder ſie ihren gemeinſchaftlichen Wohnort hatten, ſo mußte ſpäter noch die Auflaſſung vor demjenigen Gerichte, in welchem das Gut lag, hinzukommen [41]). Um jeden möglichen Widerſpruch auszuſchließen und die Giltigkeit der Handlung nach jeder Seite zu befeſtigen, kam bisweilen noch ein dritter Act hinzu [42]). Beſonders häufig ſcheinen bei Veräußerungen an die Kirche oder von Seite der Kirche mehrere Handlungen vorgenommen worden zu ſein, die eine im Stifte, die andere vor Gericht [43]). Grund zur Vervielfältigung der Handlung war, daß außer dem Vorſteher des geiſtlichen Stiftes, den Biſchof oder Abt, auch noch das Capitel oder die übrigen Kloſterbrüder ein Intereſſe an dem Rechtsgeſchäfte hatten; man pflegte daher meiſtens vorher, bisweilen auch nachträglich, das Geſchäft im Stifte abzuſchließen, um zu erfahren, ob keiner der Betheiligten Widerſpruch erhebe [44]). Zu dieſer nur im Intereſſe der einen Partei erfolgten Handlung kam dann noch die im Gerichte der Grafſchaft oder im ſonſtigen Gerichte der gelegenen Sache mit vollſter Oeffentlichkeit vorgenommene Auflaſſung. Alle dieſe Regeln von dem forum rei sitae kamen aber nicht zur Anwendung für Güter, welche einem beſonderen Lehnshofe oder Hofgerichte unterworfen waren. Streitigkeiten über dieſelben wurden nicht an dem Orte, wo ſie liegen, ſondern vor dem Hofe des Herrn entſchieden, gleichviel, wo er ſein Gericht abhalten wollte [45]). 4) Auch der Gerichtsſtand des Vertrages iſt dem teutſchen Rechte nicht unbekannt, wird aber in den Quellen nur ſelten erwähnt [46]). In allen in der Note angeführten Stellen handelt es ſich um gerichtliche Verſprechen; der Natur der Sache gemäß ſoll dasjenige Gericht entſcheiden, von welchem die Verbindlichkeit begründet wurde. Einzelne Stellen erkennen den Gerichtsſtand des Contractes in allgemeinerer Bedeutung an [47]). Das forum contractus war beſonders

41) S. die Beiſpiele bei Stobbe a. a. O. S. 438, 439.

42) Ein Beiſpiel bei Stobbe S. 439.

43) Belege bei Stobbe S. 439, 440.

44) Fand das Rechtsgeſchäft zwiſchen zwei Kirchen ſtatt, ſo vermehrt ſich noch die Zahl der Acte. Ein Beiſpiel bei Stobbe S. 440, N. 10.

45) Ein Beiſpiel aus dem J. 1149 bei Stobbe S. 441.

46) Sächſ. Landr. III, 25, §. 2, 3. Richtſt. Landr. 46, §. 4. Gloſſe zum Sachſenſp. III, 25, §. 2. Sächſ. Landr. III, 9, §. 3.

47) Richtſt. 7, §. 1. Der wegen einer Geldſchuld Beklagte iſt im Termine ausgeblieben: „me ſcolet dachen over virteinnacht und de richter ſcole ene beboden, oft he dar nicht en dingpichtlich ſi.“ Eine Handſchrift hat ſtatt der letzten Worte: „iſſet dat he in dem richte nicht wonaftlich is, dat he ſik vorantwerde.“ — Das Brünner Schöffenbuch Nr. 5 theilt folgenden Fall mit: ein Wiener Bürger wird zu Brünn von einem Breslauer wegen einer Schuld verklagt; jener leugnet die Schuld nicht ab, ſondern beſtreitet nur die Competenz des

Digitized by Google

deshalb von praktiſcher Bedeutung, weil man gewöhnlich den Contract nicht ſchriftlich, ſondern vor Zeugen abſchloß und bei der gerichtlichen Verhandlung dieſelben mit mehr Wahrſcheinlichkeit ſich am Orte des geſchloſſenen Vertrages, als an einem anderen Orte befanden. Jedoch läßt ſich aus den wenigen Stellen, welche von dieſem Gerichtsſtande handeln, kein klarer Einblick gewinnen, und man darf annehmen, daß er von untergeordneter Bedeutung war, und entweder mit dem Gerichtsſtande des Wohnortes zuſammenfiel oder mit ihm electiv concurrirte. Denn es iſt nach den ſonſtigen Nachrichten über die Gerichtsverhältniſſe des Mittelalters kaum wahrſcheinlich, daß der Bewohner eines anderen Landes oder Gerichtsbezirkes ſich blos aus dem Grunde vor ein fremdes Gericht geſtellt haben wird, weil er hier den Vertrag abgeſchloſſen hatte. Der Kläger wird in ſolchen Fällen entweder im Gerichtsſtande des Wohnortes ſeines Schuldners geklagt haben, in welchem der ergangenen Vorladung und dem ausgeſprochenen Urtheile Nachdruck zu geben factiſch möglich war, oder er wird den Schuldner, wenn er ſich vorübergehend am Orte des Klägers befand, hier vor Gericht gezogen haben. Dies führt zum Arreſt. 5) Da bei der Zerſplitterung Teutſchlands in eine große Zahl unabhängiger Gerichtsbezirke es häufig unmöglich war, in dem Gerichte des Beklagten Recht zu erlangen, weil entweder der Richter ſeine Hilfe verweigerte, oder der Beklagte ſich der Gewalt des Richters entzog, und da auch das Beweisverfahren den fremden Kläger dem einheimiſchen Beklagten gegenüber vielfach benachtheiligte, ſo bildete ſich allmälig der Grundſatz aus, daß man die Klage da erheben dürfe, wo man ſeinen Gegner trifft. Man kann dieſen Gerichtsſtand als Gerichtsſtand des Arreſtes bezeichnen. Die anzuführenden Stellen der Quellen ergeben, daß der Gläubiger von ſeinem Schuldner an dem Orte, wo er ihn antrifft, nicht etwa blos Sicherſtellung ſeiner Anſprüche begehren oder ihn, bezüglich ſeine Sachen arreſtiren laſſen durfte, ſondern daß er berechtigt war, die Klage in der Hauptſache anzuſtellen, und die Entſcheidung der ganzen Sache ergehen zu laſſen. Damit aber der Kläger ſeine Klage an jedem beliebigen Orte, an welchem ſich der Schuldner

---

Gerichtes. Es wird entſchieden: „quod ... ambo deberent Wiennam, ubi contractus per ipsos est factus remitti.“ — Herzog Heinrich IV. von Schleſien ertheilte im Jahre 1281 in Form eines Privilegiums den Bürgern von Schweidnitz das forum contractus (Tzſchoppe und Stenzel Nr. 72): „domus Henrico, advocato de Svidnitz omnimodam auctoritatem, quod omnes milites, filios militum, feudales, servientes, advocatos, cives, scultetos, villanos et alios omnes ad iudicium evocet, et eisdem civibus Svidnicensibus de ipsis, qui debitores ipsorum fuerint, satisfaciat in pignore et argento.“ Freilich wird hier nicht ausdrücklich geſagt, daß die Beklagten aus einem in der Stadt Schweidnitz abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfte Schuldner ſeien; dies darf jedoch ergänzt werden mit Rückſicht auf die ebenfalls Schweidnitz betreffende Beſtimmung von 1285 (Tzſchoppe und Stenzel Nr. 78): „volumus, ut omnes milites et feudales super debitis in dicta civitate contractis, coram nostro provinciali advocato eiusdem civitatis conventi debeant respondere.“

igitized by Google

aufhält, anzubringen befugt sei, wird erfordert, daß er sich zuerst an das regelmäßige Gericht desselben gewendet habe, und hier entweder dieser selbst oder der Richter Recht geweigert hat[48]). Ja es bedarf nicht einmal der Anstellung der Klage am Gerichtsstande des Wohnortes, wenn der Beklagte die Treue gebrochen hat[49]). Andere Rechtsquellen erklären es sogar ganz allgemein für zulässig, seinen Gegner da zu belangen, wo man ihn antrifft[50]). Da ferner die dingliche Klage, mit welcher bewegliche Sachen in Anspruch genommen werden, voraussetzt, daß der Gegenstand der Klage gegenwärtig ist, so wird auch hier dasjenige Gericht, in dessen Bezirke sich der Beklagte mit der streitigen Sache befindet, zur Entscheidung des Rechtsstreites zuständig. In den zahlreichen Stellen, welche vom Anefang handeln, wird meistens nur ganz allgemein von dem Richter, welcher den Anefang gestattet, von dem Gerichte, in welchem der Rechtsstreit verhandelt wird, gesprochen, ohne eine genauere Bestimmung, welcher Richter es ist. Es wurde bereits für selbstverständlich gehalten, daß es nur derjenige Richter sein

---

48) Sächs. Landr. III, 87, §. 2, wo gesagt wird, derjenige, welcher ein Mitglied derselben Gemeinde in einem fremden Gerichte verklagt, sei straffällig „ime ne si rechtes geweigert vor dem richtere." §. 4: „Rechtes weigeret ok de man uppe den man klaget, svenne he — nicht weder ne gilt scult, die he gelden oder weder geven sal und man ine von gerichtes halven des mit pande nicht gedvingen ne mag, so mut man wol over in klagen jejewar, svar man rechtes bekomen mag over ine." Privilegium für Steyer a. 1278 §. 14: „per aliquem vel aliquos ipsi vel bona eorum usquam arrestari vel conveniri non debeant, nisi prius requisita de ipsis coram suo iudice iustitia fuerit denegata." Urkunde des Stiftes zu Halberstadt v. 1326 (Höfer, teutsche Urkunden II, Nr. 106): „Vortme so en solle we noch use Ammichlude neuen Burghere ut der oldenstad to Quedlinburch ane verdighen oder bekumeren umme nenerhande Sake, he ne hebde Rechtes gheweyghert vor deme Rade to Quedelinburch." Kleines Kaiserrecht I, 34.

49) Reichssentenz v. 1277 (Pertz II. p. 412): „quesivimus in sententia, utrum is, qui se datione fidei vel iuramento corporaliter prestito ... ad obstagium obligavit, nec in ipso termino adimplevit, ... de iure possit, ubicunque etiam deprehensus, per iudicium occupari? Et promulgatum extitit ... quod is, qui modo predicto ... obligatus, promisso non paruit, valeat, ubicunque inveniatur, auctoritate iudicaria conveniri."

50) So heißt es in dem Privilegium in favorem principum a. 1231. (Pertz II. p. 283.): „Item in civitatibus nostris actor forum rei sequatur, nisi reus vel debitor principalis ibidem fuerit inventus, quo casu respondeat ibidem." — Breslauer Weisthum für Glogau v. 1302 §. 4 (Tzschoppe und Stenzel Nr. 102): „Borget ein Lantman wider einem Burger ... icht und engildet is der Lantman czu sime gelobetem Tage nicht und kumit in der Burgere sint der Czit an in der Stat und brenget in vor der Stat Erberichtere, er muz im antworten umme di Schult vor deme Richtere nach der Stat Rechte." — Brünner Schöffenbuch Nr. 20: „in quocunque iudicio actor invenit reum, in illo potest pro causa pecuniali de eo querulari et ipse tenetur suis querimoniis respondere." — Privilegium für Goldberg v. 1325 §. 5 (Tzschoppe und Stenzel Nr. 127): „quod sculteti et rustici ... pro debitis et vulneribus, quotiescunque in civitate deprehenduntur, non citati in causam trahi possint coram iudice in civitate nostra Goldberg et ibidem respondere et iuri stare teneantur." Vgl. auch die Entscheidung eines Streites zu Görlitz v. 1329 (a. a. O. Nr. 137).

Digitized by Google

kann, in dessen Bezirke der Besitzer angehalten wird, und der Kläger seine Sache findet. Da es bei dem Anefang des schleunigen Verfahrens und der raschen richterlichen Hilfe bedarf, so hätte man die Vortheile desselben eingebüßt, wenn man sich an den Wohnort des Besitzers hätte begeben müssen [51]). Eine Stelle erklärt geradezu denjenigen Richter für competent, in dessen Bezirke der Kläger seine Sache antrifft [52]). Mit dem Grundsatze, daß man Jeden da verklagen kann, wo man ihn trifft, hängt wahrscheinlich auch die Ausbildung des gemeinrechtlichen forum arresti zusammen, welches im teutschen Rechte von der durch die Verhältnisse gebotenen, nachtheiligen Behandlung der Ausländer, d. h. der einem anderen Gerichtsbezirke Angehörigen, seinen Ausgang genommen hat. Hat der Gläubiger die Güter eines fremden Schuldners mit Beschlag belegt, wozu er meistens nur nach Rechtsverweigerung des Schuldners befugt ist, so muß vor dem Gerichtsstande des Arrestes auch die Hauptsache verhandelt werden, und es kann keine der Parteien sich auf ihren besonderen Gerichtsstand berufen [53]). 6) Sowohl das römische wie das teutsche Recht erkennen als Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze: actor sequitur forum rei, den Gerichtsstand der Widerklage (forum reconventionis) an [54]). Der Kläger muß, nachdem über seine Klage entschieden worden ist, dem früheren Beklagten Recht stehen, ohne daß dabei ein materieller Zusammenhang zwischen

51) Lex Salica 47. Der Anfangsproceß ist in demjenigen Gerichte zu verhandeln, wo der erste Beklagte, bei welchem man die Sache antrifft, gamallus ist. Die Bedeutung dieses Wortes ist zweifelhaft (Homeyer, Hantgemal S. 57, N. 94). Stobbe S. 446, N. 12 vermuthet, daß es von ga und mallus herkomme, und denjenigen bedeute, welcher sich in einem bestimmten Gerichte verantworten muß. Vgl. sächs. Landr. II, 36, §. 1. Verm. Sachsenssp. IV, 42, §. 3.

52) Magdeburg. Rechtsbelehrung (bei Gaupp, Magdeb. Recht S. 221) §. 10: „Si aliquis aut equum aut alias res in manu alterius sibi sublatas deprehenderit, et illum in causam traxerit, deprehensus in eodem loco respondebit."

53) Wismar. Rathswillk. v. 1306 (Burmeister S. 11): „Quicunque ruricola debitus fuerit alicui burgensi et bona ipsius in civitate invenerit, burgensis ille licite poterit bona illa arrestare, sed tamen hoc illi ruricolae intimabit, qui ruricola venire potest et liberare bona sua; si autem venire noluerit, burgensis ... per iuramentum suum acquiret debita sua super eodem bona coram iudicio." Die in der Note 50 angeführte Stelle des Breslauer Weisthums für Glogau fährt fort: „Also ist is ouch und heldet uf in der Stat Rechte der Lantlute Habe und Gut, was daz und in welcher Wis daz sy." Brünner Schöffenbuch Nr. 95: „Wenn gleich der Arrest anlegende Gläubiger und der Besitzer an demselben Orte wohnen, „tamen idem dominus cum arrestatura ad aliud iudicium, ubi res arrestatae sunt, pro eis distrigandis declinabit." Ebd. Nr. 107: wenn die Sachen eines Priesters, z. B. seine cabella, von einem Wirthe für die Mahlzeit mit Beschlag belegt sind, „plebanus tenetur super causa tali in iure civili respondere; plebanus enim ipse bene quidem est de foro spirituali, cabella autem, de qua est questio, ad forum pertinet seculare." Ungedrucktes Prager Schöffenurtheil (Codex Roessl. nr. 14.): Die Jurati in Glatz schreiben an die Jurati von Prag: „quod nobiles arrestantes equos in nostra hereditate placitare volunt in iure iudicii provincialis. — Rescriptum: ... quod nobiles arrestantes equos in hereditate vestra, potius debent in iudicio vestro, quam provinciali placitare."

54) S. den Art. Wiederklage Bd. XIV, S. 566 flg.

Digitized by Google

Klage und Widerklage erfordert würde[55]). An manchen Orten wird von der allgemeinen Zulässigkeit der Widerklage eine Ausnahme zu Gunsten der Geistlichkeit gemacht[56]). Manche Rechtsquellen machen noch einen weiteren Kreis von Ausnahmen[57]). — Dies sind die Gerichtsstände, welche im teutschen Rechte des Mittelalters für civilrechtliche Klagen, um Gut und Schuld, anerkannt sind. Noch deutlicher ergiebt sich für den Criminalproceß, daß das heutige Recht zum großen Theile nur eine Fortsetzung der mittelalterlichen, echt teutschen Grundsätze ist. Nach den Grundsätzen des römischen Criminalprocesses der späteren Kaiserzeit war das forum delicti commissi mit der weitesten Competenz ausgestattet und kam regelmäßig zur Anwendung; daneben wird das forum domicilii erwähnt. Ein forum deprehensionis war dem römischen Rechte unbekannt. Die teutschen Rechtsquellen sind viel ausführlicher und unbestimmter als die römischen, und erkennen dieselben Gerichtsstände an, welche auch im heutigen Rechte gelten; sie kennen neben den beiden römischen Gerichtsständen auch das forum deprehensionis. Sowie das ganze Verfahren ein sehr verschiedenes ist, je nachdem blos eine einfache Anklage erhoben ist, oder der Verbrecher, sei es auf handhafter That oder in dem Zustande der Verfestung ergriffen wird, so ist dieser Unterschied auch für den Gerichtsstand von Bedeutung. 1) Ist der Verbrecher weder verfestet, noch auf handhafter That ergriffen, so hat er, da keine Vermuthung gegen ihn spricht, den Vorzug im Beweise, und kann sich durch den Eid reinigen. Der allgemeinen Regel nach wird er dann in demjenigen Gerichte belangt, wo er seinen gewöhnlichen Wohnsitz hat[58]). 2) Ganz anders ist

---

55) Sächs. Landr. I, 60, §. 3: „Svor die man recht vorderet, dar sal he rechtes plegen und helpen." III, 70, §. 3: „Svor die man klaget, dar mut he antwerden, of man up ine klaget, ane tu kampe wart." III, 12, §. 1: „Svelk man uppe'n anderen klaget, und jene weder up ine, die erst klaget, die ne hevet dem anderen nicht to antwerdene, he ne si aller erst von ime ledich." Vgl. auch sächs. Lehnr. Cap. 18.

56) Urkunde des Capitels zu Emmerich von 1233 (bei Lacomblet II, Nr. 190): „poterit clericus ... laicum quemcunque coram seculari iudicio convenire, cui tamen clericus reconvenienti non tenebitur respondere." Ungedrucktes Magdeb. Urtheil für Culm (Cod. Regiomont.): „Vordert eyn priester recht vor weltlichem gerichte uff eynen uweren burger, der sal do rechtis widder pflegen ob man en beclaget umme gelt und eygen, dos in dem gerichte leyt. Beclagit man abir den priester umme schulde adir fornde habe, dor sol men den papen umme weisen vor seinen geistlichen Richter, ob her das heischet."

57) Brünner Schöffenbuch Nr. 14: „Est enim iure consonum, quod actor iudicem, quem vult habere pro se, etiam contra se non debeat refutare. Iudei tamen, clerici et nobiles, quia proprios habent iudices et actor forum rei sequi debet, corum eisdem iudicibus sunt conveniendi."

58) Stadtrecht von Landshut v. 1279 §. 5 (Gaupp I, S. 152): „quicunque civis Landishutensis in quocunque iudicio extra civitatem maleficium aliquod perpetraverit, nisi iure et eodem loco detentus fuerit per iudicem talem, necesse habebit iudex talis vel quilibet conquerens coram iudice Landishutensi iustitiam postulare." Privilegium für die Stadt Sandow v. 1350 (Gercken, Cod. diplom. Brand. II. nr. 206.): „Ok were gennich man die ynen borger beschuldi-

Digitized by Google

das Verfahren, wenn der Verbrecher auf handhafter That ergriffen wird; es ist in demselben charakteristisch, daß der Verbrecher gleich auf der Stelle, unmittelbar nach dem Verbrechen und nahe bei dem Orte der That gerichtet wird [59]). Ohne Rücksicht auf die sonstigen Gerichtstage wird das Gericht sogleich abgehalten; ist der Richter nicht zur Stelle, so wird ein Richter zu handhafter That erwählt, da die That durch den Siebnereid bewiesen wird und an den Beweis sich nothwendig die Verurtheilung anknüpft. Der Ergriffene hat gar kein Beweisrecht und kann auch keinen Einwand aus dem Umstande ableiten, daß er einem anderen Gerichtssprengel angehört; da das Verbrechen unzweifelhaft ist, so giebt es keine Entschuldigung, und die Strafe darf nicht säumen [60]). Wie durch das forum rei sitae und das forum arresti die Privilegien durchbrochen werden, welche dem Beklagten sonst zugestanden hätten, so hebt auch die handhafte That seinen sonstigen Gerichtsstand auf; nicht blos Bürger dürfen in dieser Beziehung von dem privilegium de non evocando keinen Gebrauch machen, sondern auch Geistliche verlieren ihren eximirten Gerichtsstand [61]). Bei der handhaften That setzte man sich über sonstige Förmlichkeiten und Gebräuche hinweg; das Gericht brauchte nicht an den hergebrachten Malstätten abgehalten zu werden; jeder Ort war gleich geeignet [62]). Sucht man nach einem Kunstausdrucke für diesen Gerichtsstand, so ist es das forum delicti commissi, nicht ein forum deprehensionis. Denn entflieht der auf der That ertappte, aber nicht ergriffene Verbrecher, und wird erst in einem anderen Gerichtssprengel gefangen, so ist der Richter dieses Sprengels nicht competent, sondern muß den Verbrecher an dasjenige Gericht ausliefern, in welchem er das Verbrechen beging, und aus welchem man ihn verfolgte [63]). 3) Auch außer dem Falle der handhaften That kann ein anderer Gerichtsstand, als der des Wohnortes, eintreten, besonders in

---

gen wolde, dat schal hi dun in der Stat vor den Schulten und in neine Lantgerichte nicht, id enwere denne umme handhafte tad." Urkunde von 1296 (bei Raumer Cod. diplom. Brand. I. nr. 34). Urkunde v. 1226 (bei Tzschoppe und Stenzel Nr. 9). Homeyer, über die Informatio ex speculo Saxonum S. 660. Auch sind für den Beweis dieses Gerichtsstandes die in der Note 27 angeführten Stellen des Sachsenspiegel zu benutzen, nach welchen der Schöffenbare nur in demjenigen Gerichte zu kämpfen braucht, wo sein Hantgemal liegt.

59) Prager Stodtrecht von 1331 Nr. 34: „man sol uber den selben morder richten uber sein hals an der selben stat dort wo der mort gesiht."

60) Tzschoppe und Stenzel nr. 102. a. 1302., nr. 137. a. 1329., nr. 118. a. 1325. §. 4.: „in quocunque iudicio homo rapitur seu detinetur, ibidem contingit eum respondere."

61) Medebacher Recht um das J. 1360 §. 28 (Seibertz II, Nr. 718): „De excessibus clericorum, qui frangunt domos et verberant homines, decanus iudicabit, nisi ipso facto in continenti revertentes capiantur (so ist wohl zu lesen statt reverberent incipiant), quia secundum excessum sortiuntur forum."

62) Magdeb. Recht v. 1261 §. 12: „Dem burchgroven ... en ist nich ein schephene oder burgere pflichtich urteile zu vindene buzen dinge, iz ne were umbe hanthafte tat."

63) Sächs. Landr. II, 71, §. 4, 5.

Digitized by Google

Folge der Verfestung. Durch die Verfestung wird ein Verbrecher mit Beziehung auf einen bestimmten territorialen Bezirk für den Fall seiner späteren Ergreifung in dieselbe nachtheilige Lage versetzt, in welche er gekommen wäre, wenn er auf der That selbst ergriffen worden wäre. Nach dem Sachsenspiegel hat die Verfestung diese Wirkungen in demjenigen Bezirke, welchem der Richter, welcher sie verhängt, vorsteht; damit sie sich auf einen weiteren Kreis und zuletzt auf das ganze Reich erstrecke, muß die Verfestung nach einigen Rechten von dem höheren Richter, zuletzt von dem Könige von neuem ausgesprochen werden; nach anderen Rechten erweitert sie sich schon von selbst im Verlaufe einer gewissen Zeit. Nach einzelnen Stadtrechten erstreckt sich die Verfestung zugleich auf die Gerichtssprengel aller derjenigen Städte, welche mit der Stadt, welche die Verfestung ausspricht, ein gleiches Recht haben, theils weil diese Städte unter sich in einer näheren Verbindung stehen, theils weil die Stadt mit gleichem Rechte gleiche Wirkungen an die Verfestung knüpft und das Verbrechen mit gleichen Folgen bestraft[64]). Die Verfestung bewirkt, daß der Verbrecher in dem Sprengel, für welchen sie gilt, ungestraft gefangen werden kann, und, nachdem durch das Gerichtszeugniß bewiesen ist, daß die Verfestung früher verhängt wurde, ebenso behandelt wird, als ob er bei der Begehung des Verbrechens selbst ergriffen wäre[65]). Man kann diesen Gerichtsstand als forum deprehensionis bezeichnen, welcher weder mit dem forum delicti commissi, noch mit dem forum domicilii zusammenzufallen braucht; um es aber auch im heutigen Rechte anzunehmen und zu begründen, hat man sich weniger auf die teutschen Rechtsquellen des Mittelalters, als auf die L. 1. C. III. 15. und die Glosse zu dieser Stelle berufen, um aus dem römischen Rechte und der darauf bezüglichen Doctrin dasjenige nachzuweisen, was im einheimischen Rechte seinen Grund hatte. 4) Diese ursprünglichen Grundsätze über das forum deprehensionis erhielten allmälig zum Nachtheil des forum domicilii eine größere Ausdehnung: auch ohne Beschränkung auf die Verfestung soll die That an jedem Orte gerichtet werden, wo man des Verbrechers habhaft wird[66]). In einer Zeit, in welcher es mindestens sehr zweifelhaft sein konnte, ob der Verbrecher am Gerichte seiner Heimath sich stellen würde, in welchen der Kläger am fremden Gerichte im Beweise schlechter gestellt war und eine Reise zu demselben schon großen Gefahren unterlag, war es natürlich,

---

64) Lübisches Recht bei Hach IV, 90: „De vorvestet is in einer stad, dat sy umme wat myssetat yd sy, de is vorvestet in alleme lubeschen rechte." Culm. Recht III, 142 (Magdeburg. Schöffenurtheil bei Böhme S. 103), vgl. auch Cap. 144. Brünner Schöffenbuch Nr. 606.

65) Sächs. Landr. III, 17, §. 1. Richtsteig Landr. 35, §. 1. Lüb. Recht (Hach, Cod. I. art. 77).

66) Urkunde von 1333 (bei Gercken, Cod. diplom. Brand. I. nr. 92.): „wo man den Vredebrecher geweldig worde, da scal use richter richten, in des gerichte si up gescholden werden."

Digitized by Google

daß man den Verbrecher, welchen man einmal in ſeiner Gewalt hatte, ſich nicht wieder entgehen ließ. Von großem Intereſſe iſt in dieſer Hinſicht ein Magdeburger Urtheil[67]). Die Bürger einer Stadt bringen einen Fremden vor Gericht und beſchuldigen ihn, er habe geſagt, die Schöffen hätten ihm ein ungerechtes Urtheil geſprochen; ſie wollen, daß er ſeinen Hals und ſeine Zunge verliere, mit welcher er die Läſterung ausgeſprochen hat. Der Angeklagte giebt die Anſchuldigung zu, „doch hot her des nicht in der ſcheppen ſtat vor erem gehegetem dynge geret," er habe das Verbrechen ja nicht hier begangen. Die Schöffen von Magdeburg, von welchen man das Urtheil einholt, erkennen nicht etwa, daß man den Beklagten an ſein Gericht ausliefere und dort deſſen Beſtrafung verlangen ſolle, ſondern nur, daß er jedem der beleidigten Schöffen eine Buße von 30 Schillingen zahlen ſolle. — Damit das Gericht, bei welchem ſich der Angeſchuldigte aufhält, zur Entſcheidung competent werde, ſcheint auch damals noch irgend ein Umſtand erforderlich geweſen zu ſein, welcher ein Intereſſe des forum deprehensionis an der Beſtrafung begründete; als ſolcher gilt beſonders, daß der Verletzte in dieſem Gerichte anſäſſig iſt oder daß der Verbrecher in ihm die That begangen hat. 5) Sowie das forum deprehensionis nicht blos auf den Fall der Verfeſtung beſchränkt iſt, ſo war das forum delicti commissi auch außer dem Falle der handhaften That begründet. Hatte man ſich des Verbrechers bemächtigt, ſo concurrirte das forum deprehensionis mit dem forum delicti commissi. War der Verbrecher nicht auf der That ergriffen worden, ſo konnte ein doppeltes Verfahren eintreten: entweder wurde noch an demſelben Tage die Anklage erhoben und die Verfeſtung ausgeſprochen, oder es wurde erſt, nachdem das Verbrechen übernächtig geworden iſt, die Klage vor Gericht angebracht, und nach mehrmaliger vergeblicher Vorladung des Beklagten die Verfeſtung ausgeſprochen[68]). Eine Ausnahme von der allgemeinen Zuläſſigkeit des

---

67) Culm. Recht V, 13 = Magdeb. Fragen II, 6, 1.

68) Sächſ. Landr. III, 25, §. 2: „Binnen markede noch binnen utwendigen gerichte ne darf neman antwerden ... he ne verwerke ſik mit ungerichte dar inne." Privilegium für Bautzen v. 1282 (Tzſchoppe und Stenzel Nr. 74): „queque fierent violencie, offensiones, lesiones, vulnera, homicidia, furta, rapina per aliquos nostros fasallos, in civitate Budessin vel extra muros civitatis dicte, videlicet infra metas aut terminos civitatis eiusdem, qui vulgariter Flurzune vocantur, damus et conferimus rite ... omnes predictos excessus, cuiuscunque condicionis fuerint, in predicta civitate perpetuis temporibus iudicandos." Culmiſches Recht III, 43 (= Böhme 121, 3): „Claget eyn gaſt tzu eyme andire gaſte us vremden landen umme geltroub der do geſchen iſt yn vremden landen in deme gerichte, dor dy hanthaftige tat ynne geſchit, dor ſal man ynne tzu dem allir erſten clagen. En mag abir deme cleger keyn recht in deme gerichte geſchen, abir mag der tzu deme gerichte nycht komen vor eehaftir not, wo denne der kummet yn eyn andir gerichte, do ſal ym der richter richten .... dy wyle nymant wedir redit." Nach einem Magdeburger Schöffenurtheil (bei Gaupp, ſchleſ. Landr. S. 268—271) war zu Breslau ein Streit zwiſchen Schweidnitzer Bürgern entſtanden. Der eine Theil wendet ſich an das Gericht zu Breslau, ein anderer nach Schweidnitz;

Digitized by Google

forum delicti commissi macht die Rechtsbelehrung des Rathes zu Winterthur an den von Mellingen v. 1296 [69]): hiernach soll der Schultheiß den Fremden, welcher in seinem Gerichte einen Todtschlag verübt, richten können; entflieht aber der Verbrecher, so darf er nicht mehr über ihn richten, „es were denne, das derselbe ... keme in die zil, als unser usseren graben unser stette gant," so daß also außer dem Falle der handhaften That ein forum delicti commissi nur anerkannt ist, wenn es zugleich das forum deprehensionis ist. Auch die Informatio ex speculo Saxonico [70]) will das forum delicti commissi nur zulassen, wenn es mit dem Gerichtsstande des Wohnortes zusammenfällt. — Dies sind die verschiedenen Gerichtsstände, welche das ältere teutsche Recht kannte. Genauere Rechtssätze, wie Collisionen derselben zu heben seien, lassen sich nicht nachweisen. Daß man heutzutage dieselben aus den Quellen nicht zu entwickeln im Stande ist, kann nicht auffallen, da es allgemein anerkannt ist, wie sehr es jenen Zeiten an festen positiven Normen fehlte, und wie wenig dieselben, wenn sie wirklich vorhanden waren, im wirklichen Leben befolgt und beobachtet wurden. Denn einerseits suchte jedes Gericht seine Gerichtsbarkeit soweit auszudehnen, als ihm dazu die Macht zustand, und andererseits durchkreuzten sich vielfach die Privilegien und Exemtionen, welche Kaiser und Landesherren den Städten häufig verliehen, so daß die Vermeidung von Collisionen selbst dann nicht möglich war, wenn sich jedes Gericht innerhalb der ihm durch das Recht gesteckten Grenze hielt. Denn wenn z. B. ein Landesherr oder der Kaiser einer Stadt das Privilegium ertheilte, fremde Schuldner nicht vor deren Gerichte verklagen zu müssen, sondern solche, unter Aufhebung der allgemeinen Regel: actor sequitur forum rei, vor dem eigenen Stadtgerichte zu belangen, zu evociren, und eine andere Stadt das privilegium de non evocando erlangt hatte, wonach ihre Bürger als Beklagte nur vor ihrem eigenen Gerichte zu Recht stehen durften, so

---

die Breslauer Rathmannen verlangen, daß auch die letzteren in Breslau ihr Recht suchen, und bitten die Magdeburger Schöffen um Entscheidung der Competenzfrage. Diese antworten: „dat ungerichte solde men von rechtis wegen habin geclaget in dem richte dar is geschen waz. Doch na dem male de cleger und dy uff dene clage ghinc, beyde czu Schweydnicz in dem richte beseczen synt und syn recht dar vul vorbert hat," so seien die Schöffen von Schweidnitz competent. Magdeburg. Fragen I, 2, 20: „Alle ungerichte soll man erst klagen und richten, da die brüche geschehen, ob man da gerichtes bekomen kan." Ebd. I, 2, 20: „Hat ein mann ein Dorff mit allem Recht und nutze, geschicht ein ungerichte binnen des Dorffes zeunen .... das Ungericht sol richte der man, des das Dorff ist mit allem Recht, und der Landrichter soll das nicht richten." Vergl. auch Breslauer Weisthum für Glogau von 1302 §. 1 (Tzschoppe und Stenzel Nr. 102). Grimm, Weisthümer III, 29. III, 680. Brünner Schöffenbuch Nr. 397, 726.

69) Archiv für Kunde österreich. Geschichtsquellen VI, S. 158.

70) Homeyer S. 660: „Ouk en sal men eine pinlike sake nergene clagen dan dar die broke geschen is, oft dar die brokhaftige man wonet." Vgl. auch Homeyer S. 634.

Digitized by Google

entſtand ein unauflöslicher Widerſtreit verſchiedener Principe, deſſen Hebung nicht auf rechtliche Weiſe, ſondern nur durch Gewalt oder Prävention möglich war. — Was insbeſondre die Competenz der Stadtgerichte betrifft, ſo waren für ihre Gerichtsbarkeit zwei Momente beſonders wichtig: 1) dadurch, daß eine Stadt aus dem Landgerichtsbezirke, aus der Grafſchaft ausſchied, war ſie von der gräflichen Gerichtsbarkeit noch immer nicht vollſtändig eximirt; vielmehr konnten ſelbſt dann, wenn der Stadt die peinliche Gerichtsbarkeit übertragen war, Bürger zur Verantwortung vor das Grafengericht geladen, evocirt werden. So übten z. B. in Weſtphalen die Grafengerichte, nachdem die Städte längſt zu einer bedeutenden Blüthe gelangt waren, noch im 14. Jahrhundert häufig die peinliche Gerichtsbarkeit über die Städter aus. 2) Ferner beſtanden, wie ſich aus dem früher Bemerkten ergiebt, neben dem Gerichtsſtande des Wohnortes noch viele andere Gerichtsſtände, welche neben jenem geltend gemacht werden konnten. So konnten die Bürger aus verſchiedenen Gründen vor fremde Gerichte geladen, und, was damit unmittelbar zuſammenhing, auch fremdem Rechte unterworfen werden. Nur durch Erwerbung eines kaiſerlichen Privilegiums konnte man ſich gegen dieſe Möglichkeiten ſchützen; einige Städte erlangten ſolche Privilegien früher, andere ſpäter; einige erhielten ein ausgedehnteres, andere ein beſchränkteres Privilegium. Die erſte Stufe war, daß den Bürgern verboten wurde, ſich bei Streitigkeiten unter einander an ein fremdes Gericht zu wenden[71]). Sodann wurde der Grundſatz: actor sequitur forum rei, mit Nachdruck ausgeſprochen, und den einzelnen Städten ein privilegium de non evocando ertheilt. Bisweilen erklärten die Kaiſer, daß allen Städten im Reiche dieſes Privilegium zuſtände[72]). Aber allgemeine Geſetze für den Umfang des ganzen Reiches hatten im Mittelalter nur geringe Wirkſamkeit und wurden wenig beachtet, wenn ſie nicht zugleich für den ſpeciellen Fall ertheilt wurden. Daher ſuchte jede Stadt ein beſonderes privilegium de non

---

71) Stadtrecht von Freiburg im Breisgau von 1120 §. 28: „Si cives concivem suum extraneo iudicio persequitur, ea, que amittit apud extraneum iudicem, ille sibi reddet et postea iudici suo tribus solidis satisfaciat.“ Stadtrecht von Lippſtadt von 1240: „quod civis concivem extra civitatem in causam, nisi per sententiam accesserit, trahere non debet.“ Stadtrecht von Soeſt im 13. Jahrh. §. 29: „quod si concives nostri extra provinciam inter se dissenserint, non se ad extranea trahant iudicia, aut vel inter se litem componunt, vel si tot sunt persone, iudicem unum de consociis iudicem statuant, qui litem si potest, sopiat, si non potest, causam, donec ad propria redeant, differant.“ Sächſ. Landr. III, 87, §. 2. Magdeb. Schöffenurtheil bei Gaupp, ſchleſ. Landr. S. 268 flg. Goslar. Stat. S. 48, Z. 31 flg.

72) A. 1231 (Pertz II. p. 283): „item in civitatibus nostris actor forum rei sequatur, nisi reus vel debitor principalis ibidem fuerit inventus, quo casu respondeat ibidem.“ A. 1274 (Pertz II. p. 399): „volentes civis nostros Thuricenses ac omnes alias civitates nobis et imperio attinentes hac gratie prerogativa gaudere, ut nullus extra huiusmodi civitates super quacunque causa in iudicium evocetur.“

Digitized by Google

evocando zu erlangen. Daneben regelten Verträge und Bündnisse unter mehreren Städten das Evocationsrecht[73]). Der Inhalt der einzelnen Privilegien stimmte nicht ganz überein; bald wurde das Recht nur vorübergehend ertheilt[74]), bald auf die Dauer; bald bezog sich die Exemtion auf alle Gerichte, bald betraf sie nicht zugleich das Landgericht, in welchem die Stadt lag. Fast überall wird Eine Ausnahme zugelassen und ist, wenn auch nicht ausdrücklich erklärt, doch überall anzunehmen; das Privilegium schützt nicht, wenn dem Kläger am Gerichte des Beklagten das Rechte verweigert ist[75]). Ferner wird die Berechtigung der geistlichen Gerichtsbarkeit in bestimmtem Umfange anerkannt. Ganz allgemein lautet z. B. das Privilegium für Rotweil von 1209[76]). Hier wird das forum domicilii mit absoluter Allgemeinheit angeordnet, und weder das forum rei sitae, noch das forum contractus, arresti, deprehensionis, delicti commissi u. s. w. sollen jemals eintreten dürfen. Da so die Berechtigung jedes auswärtigen Gerichtes geleugnet wird, so soll auch die in einem anderen Gerichte ausgesprochene Verfestung für die Rotweiler Bürger keine nachtheilige Wirkung haben. Aehnliche Bestimmungen enthält das Privilegium für Schweidnitz von 1281, ferner das Privilegium für Eger von 1279 §. 18. Speciell mit Bezug auf das forum rei sitae enthält das Privilegium für Brünn von 1243 §. 24 eine Befreiung[77]). In anderen Städten wurden fremden Gerichten gegenüber einzelne Zugeständnisse gemacht. So sollen Klagen, welche sich auf Grundbesitz außerhalb des Stadtgebietes beziehen, nicht vom Stadtgerichte, sondern von demjenigen Gerichte entschieden werden, in dessen Sprengel er liegt[78]). Das Stadtgericht von Frankfurt von

---

73) Vgl. z. B. Grimm, Weisthümer III, S. 2, §. 22, 23.

74) Z. B. der Stadt Soest im J. 1310 auf 6 Jahre (Urkunde bei Seibertz II, Nr. 532).

75) Privilegium für Nordhausen von 1290 §. 5: „Item volumus, ut nullus cives nostros Northusenses extra civitatem ad iudicium provinciale citare debeat, nisi prius sibi ius in civitate fuerit notorie denegatum.“ Nürnberger Recht von 1313 §. 5. Frankfurter Recht von 1302 §. 6. Rudolfs Privilegien für Frankfurt, Gelnhausen und Friedberg bei Böhmer, Regesten Nr. 1121—1123. Privilegium für Goslar von 1219 (Göschen S. 112) u. a.

76) „... nec ipsa universitas civium ... nec singuli super quocunque casu civili vel criminali vel actione reali seu personali extra ipsum civitatem trahi valeant coram quocunque civili iudice, cuiuscunque dignitatis vel officii censeatur. Et si quis aliquam contra ipsos cives in genere vel specie actionem quamcunque habuerit, civitatis ... scultetum seu iudicem adeat, quod ibi iustum fuerit, recepturus ... Nec proscriptionis sententia ab extraneis iudicibus quibuscunque contra ... cives ... in casu praemisso, ubi scilicet extra civitatem trahantur, prolata teneat.“ (Gengler.)

77) „Volumus, ut quicunque civium homines et possessiones extra civitatem habeant, nulla in ipsis iudex provincialis vel etiam alii beneficiarii provinciae, ita ut ab eis nec citentur, nec etiam iudicentur, habeant potestatem, sed iudicentur a iudice civitatis.“

78) In dem privilegium de non evocando für Straßburg von 1129 und 1262 (bei Schöpflin, Alsatia diplom. nr. 255. 613.) wird als Ausnahme anerkannt:

1297 §. 2 bestimmt, daß die Klagen, welche Grundstücke betreffen, zuerst bei dem Stadtgerichte angebracht und von diesem an das betreffende forum rei sitae verwiesen werden sollen[79]). Von dieser Ausnahme von dem allgemeinen privilegium de non evocando machen dann wieder mehrere Rechte zu Gunsten des Stadtgerichtes eine Ausnahme, wenn die beiden Parteien Bürger derselben Stadt sind[80]). Andere Rechte erkennen andere, zum Theil schon erwähnte Ausnahmen an. — Das Resultat ist, daß das teutsche Recht des späteren Mittelalters alle diejenigen Gerichtsstände kennt und anwendet, welche noch jetzt gelten, daß es aber an einheitlichen Grundsätzen über die Grenzen der Gerichtsbarkeit fehlte, und unausbleibliche Conflicte weniger nach feststehenden Normen, als durch Willkür und die Gewalt des Stärkeren entschieden wurden.

III. Kann die Erbschaftsklage im Gerichtsstande der gelegenen Sache angestellt werden?[81]) Bei dieser sehr bestrittenen Frage kommen, wenn auch nicht ganz ausschließlich, doch hauptsächlich, zwei römische Gesetzstellen in Betracht, vor Allem die L. un. C. II. 20., ein Rescript der Kaiser Valerianus und Gallianus vom J. 261, und dann die Nov. 69. Das erstgedachte Rescript lautet: „Illic ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est. Ubi autem domicilium habet qui convenitur, vel si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit, hereditatis erit controversia terminanda." In dessen zweiten Satze finden die Meisten, übereinstimmend mit einer weit verbreiteten[82]), bis auf den heutigen Tag festgehaltenen[83]) Praxis ausgesprochen: Die hereditatis petitio kann sowohl im Gerichtsstande des Wohnortes, als bei dem

---

„nisi pro hereditatibus vel aliis bonis seu proprietatibus extra civitatem conquirendis vel defendendis." Münchener Privilegium von 1294 §. 15 (Gengler): „ez si dann umb aigen oder umb Lehen, daz in der Grofschaft uzzerhalb der Stat lit." Ferner Hagenauer Recht von 1255. Regensburger Recht von 1230 §. 18. Statuten für Rüden von 1310 §. 9.

79) „... nullus potest nec evocare extra muros Frankenfordenses pro aliquibus bonis nostris, nisi prius moveat quaestionem in civitate coram iudicibus ad hoc deputatis. Si actio est pro hereditate, monstrabimus in curiam, si pro proprietate, monstrabimus in civitatem, ubi bona sunt sita, de quibus quaestio movetur; si est pro feodo, ostendemus ad dominum feodi." (Gengler.)

80) Hamburg. Recht von 1270 IX, 7. Lüb. Recht (Hach, Cod. III.) 358. Revid. Lüb. Recht V, 3, 5. Statuten von Riga Art. 110. (Pufendorf, obs. app. III. p. 258.)

81) Diese sehr bestrittene Frage ist neuerlich erörtert worden von Eminghaus in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß N. F. Bd. 16, S. 93—122. Die übrige Literatur wird gelegentlich angeführt werden.

82) Lauterbach, Coll. theor. pract. Lib. V. Tit. 1. §. 30. Cocceii, Ius civ. controv. Lib. V. Tit. 2. Qu. 21. Müller, Obs. ad Leyseri med. ad Pand. T. I. Obs. 234. Glück, Erl. der Pand. Bd. 6, S. 329.

83) Erkenntniß des OAGerichtes zu Darmstadt in Seuffert, Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen Bd. 4, Nr. 84, S. 328.

Richter der belegenen Sache angestellt werden; letzteres jedoch nur dann, wenn der Beklagte da, wo die Erbschaftsgegenstände sich befinden, als im Gerichte der belegenen Sache, gerade sich aufhalte[84]). Obwohl sich dieser Sinn an und für sich mit den in Bezug genommenen Worten verbinden läßt, so tritt doch folgendes Bedenken entgegen. Derjenige, welcher die hereditatis petitio im forum rei sitae zuläßt, faßt diese Klage als eine rein dingliche Klage auf, wie sie denn auch eine wirkliche Realklage ist, obschon ihr Justinian in einer gewissen Beziehung die Eigenschaft einer gemischten, aus einer dinglichen und persönlichen zusammengesetzten Klage hat beigelegt wissen wollen[85]). Nun macht aber L. 38. D. V. 1., wo der Jurist die Vindication, durch welche der Legatar einen ihm legirten Gegenstand einklagt, an den iudex rei sitae zu weisen scheint, sowie auch L. 3. C. 3. 19., also gerade die Hauptstelle, worin Valentinian II. und seine Mitkaiser (im J. 385) das Gericht der belegenen Sache für gewisse dingliche Klagen, jedenfalls für die Vindication, für competent erklären, die Zuständigkeit dieses Gerichtsstandes weder von des Beklagten Gegenwart oder von seinem Verweilen in dem Gerichtsbezirke entfernt abhängig. Es entsteht daher die Frage, was denn die Kaiser Valerianus und Gallianus bewogen habe, die Competenz des forum rei sitae bei der Erbschaftsklage auf den Fall solcher Anwesenheit zu beschränken? Diese Frage ist auf verschiedene Weise beantwortet worden. Die Glosse zu der angeführten Coderstelle suchte sich damit zu helfen, daß sie thut, als ob geschrieben stände: „maxime" si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit. Ein anderer von Sintenis[86]) vorgeschlagener Ausweg besteht darin, die Worte „si ibi" und „degit" ganz zu streichen. Allerdings hat diese vorgeschlagene Streichung die Auctorität der Basiliken für sich, welche[87]) den in Rede stehenden Abschnitt der angeführten Coderstelle so wiedergeben: „*Εἰ δὲ τὴν τὴν κληρονομίαν ἀπαιτοῦσαν ἀγωγὴν βούλεται κινῆσαι, ἢ ὅπου τὴν οἴκησιν ἔχει ὁ ἐναγόμενος, ἢ ὅπου ἡ κληρονομία διάκειται, κινείτω.*" Nach den Basiliken kann also die Erbschaftsklage entweder im forum domicilii des Beklagten oder im forum rei sitae angestellt werden. Es sind nun zwar die in den Basiliken übergegangenen Coderstellen meistentheils, und so auch die fragliche, aus dem Commentar des Thaleläus, eines Zeitgenossen Justinian's entnommen, in den Basiliken aber nur der Auszug der Constitution aufgenommen, während die wörtliche

---

84) Letzteres nehmen an Glück a. a. O. S. 328. Hefftter im Archiv für civil. Praxis Bd. 10, S. 207 vgl. mit seinen Institutionen des Civilprocesses S. 143, §. 8. Dagegen sagt Hefftter, Civilproceßrecht §. 157, es sei nach römischem Rechte unklar, ob die h. p. im dienstlichen Gerichtsstande angestellt werden könne; minder zweifelhaft sei es nach der Praxis.

85) L. 7. C. III. 31. verb.: „cum mixtae personalis actionis hoc respondere compellat."

86) Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprocesses Bd. 1, S. 84 flg.

87) Lib. V. Tit. 7. cap. 83. ed. Heimb. T. I. p. 283.

Digitized by Google

griechische Ueberſetzung, welche Thaleläus bei den lateiniſchen Conſtitutionen ſtets in ſeinem Commentar hatte, weggelaſſen iſt. Es kann daher mit Sicherheit auf die urſprüngliche Lesart, welche Thaleläus hatte, nicht geſchloſſen werden; nur das κατὰ πόδας könnte darüber Aufſchluß geben. Hätte aber auch wirklich Thaleläus den Auszug der Conſtitution ſo gefaßt, wie ihn die Baſiliken wiedergeben, ſo läge doch jedenfalls nur eine unrichtige Auslegung der Conſtitution von ſeiner Seite vor, welche zwar durch die Aufnahme in die Baſiliken für das orientaliſche Reich gebilligt wurde, nimmermehr aber dazu benutzt werden kann, um eine Streichung der fraglichen Worte, welche in allen bekannten Handſchriften des Codex ſich finden, zu rechtfertigen. Man muß alſo mit der fraglichen Stelle ohne die von Sintenis vorgeſchlagene Streichung in das Reine zu kommen ſuchen, zumal da noch andere Bedenken hinzutreten, welche ſelbſt dann beſtehen, wenn die vorgeſchlagene Streichung an und für ſich ſelbſt als gerechtfertigt erſchiene. Erſtens waren die dinglichen Klagen noch zu Ende des 3. Jahrhunderts n. Chr. lediglich an den Gerichtsſtand des Wohnortes gewieſen. Dies beweiſen unwiderleglich die Vaticaniſchen Fragmente[88]) in einer uns aufbewahrten Conſtitution vom J. 293, welche nach der Subſcription zu ſchließen, von Diocletian herrührt. Ebenſo wie in der L. 3. C. 3. 19. wird hier der Satz: „actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur“ vorausgeſchickt und darauf folgt: „Unde perspicis, non eiusdem provinciae praesidem adeundum, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt, sed in qua is, qui possidet, sedes ac domicilium habet.“ Da nach L. 3. C. cit. das forum rei sitae erſt im J. 385 ſelbſt für die Vindication geſetzlich anerkannt worden iſt, ſo iſt es nicht glaublich, daß dieſer Gerichtsſtand bei der hereditatis petitio ſchon im J. 261, welchem die L. un. C. 3. 20. angehört, angeordnet worden ſei. Es iſt dies um ſo unwahrſcheinlicher, als, zweitens, für die Erbſchaftsklage, wenn ſie gegen einen Beklagten gerichtet wird, welcher die Erbſchaft auf Grund eines inofficiöſen Teſtamentes beſitzt, der Gerichtsſtand des Wohnortes ausſchließlich zuſtändig iſt[89]). Es iſt aber nicht einzuſehen, warum bei der einfachen hereditatis petitio andere Grundſätze gegolten haben ſollten. Gegen das eben erwähnte rechtsgeſchichtliche Moment wendet Sintenis[90]) ein: Die Lehre von dem forum rei sitae, welches muthmaßlich aus der dem Bedürfniſſe des Lebens entſprungenen Praxis hervorgegangen ſei, habe ſich nur ſehr allmälig ausgebildet und ſei erſt unter Juſtinian, nach vielfältigen Schwankungen, zum Abſchluſſe gediehen. Dadurch insbeſondre erkläre ſich auch der Widerſpruch der angeführten L. 38. D. V. 1. mit der Stelle der Vaticaniſchen Fragmente, welcher blos daher rühre, daß die in der erſteren

88) Fragm. Vat. §. 326.

89) Ausdrücklich ſagt Ulpian in L. 29. §. 4. D. 5. 2.: „De inofficioso testamento in ea provincia agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.“

90) A. a. O. S. 13.

Digitized by Google

Stelle ausgeſprochene Anſicht des Juriſten im J. 293 legislativ noch nicht gebilligt geweſen wäre. Wenn man dies auch zugeben wollte, ſo wird damit direct für die in der Sache ſelbſt von Sintenis vertheidigte Meinung ebenſo wenig etwas bewieſen, als mit der früher von Linde[91]) ausgeſprochenen Vermuthung, daß durch die Verordnung vom J. 293 der bis dahin giltig geweſene Gerichtsſtand der gelegenen Sache aufgehoben, ſpäter aber durch L. 3. C. 3. 19. wiederhergeſtellt worden ſei. Letztere Vermuthung hat um ſo weniger Grund, als die Verordnung vom J. 293 ihrer ganzen Faſſung nach durchaus nichts Neues verordnet, ſich durchaus nicht als eine Abänderung oder Aufhebung bis dahin giltiger Rechtsgrundſätze ankündigt, ſondern eine bloße Folgerung aus dem allgemeinen Princip: actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur, welches ſie an die Spitze ſtellt, enthält. Gegründet iſt zwar, was Sintenis hinſichtlich der L. 29. §. 4. D. V. 2. zu erwägen giebt: mit der querela inofficiosi testamenti verfolge der Inteſtaterbe nicht, wie dies mit der hereditatis petitio ſtets geſchieht, blos die Erbſchaft, vielmehr komme dieſe, und folgeweiſe deren Herausgabe, bei der Querel erſt nach der Umſtoßung des Teſtamentes durch den Kläger in Betracht. Allein eine nothwendige Conſequenz für den Wegfall des forum rei sitae bei der Querel, welche Juſtinian ſelbſt als eine hereditatis petitio ex nomine de inofficioso constituta nennt[92]), iſt daraus nicht abzuleiten. — In einem von dem obigen abweichenden, ganz entgegengeſetzten Sinne wird die L. un. C. 20. theils von Bethmann-Hollweg, theils von Brackenhöft erklärt. Beide ſtimmen inſofern mit einander überein, als beide das forum rei sitae auf Grund dieſes Reſcripts bei der hereditatis petitio für nicht anwendbar halten, gleichviel, ob der Beklagte in dem Bezirke des Gerichtes, wo die Erbſchaftsgegenſtände ſich befinden, ſich treffen läßt oder nicht. Hiervon abgeſehen, weichen ihre Auffaſſungen wieder ſehr von einander ab. Nach der Meinung von Brackenhöft[93]) führen die Ausſprüche des römiſchen Rechtes auf eine beſondere Art des Gerichtsſtandes des Wohnortes, nämlich auf einen Gerichtsſtand an dem Orte, wo Jemand ſeine Güter oder doch den größten Theil derſelben liegen hat, wenn ihm entweder ein anderer Wohnſitz fehlt und er nicht in der Lage iſt, einen ſolchen wählen zu können, oder wenn er an dem Orte, weil ſein Vermögen dort ſich befindet, ſelbſt häufig verkehrt. An dieſem Orte ſei unleugbar, ohne daß ein eigentliches Domicil daſelbſt beſtände, dennoch ein dem Gerichtsſtande des Wohnortes gleichſtehender Gerichtsſtand für ihn begründet. Demnach müſſe in L. un. C. 3. 20. unter dem Orte, „ubi (possessor hereditatis) degit" derjenige Ort oder Gerichtsſprengel verſtanden werden, wo der Beklagte, obſchon ſein wahrer Wohnſitz in

---

91) Civilproc. §. 90, N. 13, 14 4. Ausg.
92) L. 24. C. III. 8.
93) Erörterungen zu Linde's Civilproceß §. 88, S. 221, 222.

Digitized

einem anderen Gerichtsbezirke sich befinde, für einen gewissen Inbegriff von, im Einzelnen zwar unbestimmten, Verhältnissen, welche jedoch durch gewisse Momente von deren Gesammtheit sich ausschieden, namentlich also z. B. auf den Güterbesitz sich bezögen, seine Thätigkeit dermalen fixirt habe. Bei dem Gerichte dieses Bezirkes soll Jeder, rücksichtlich dessen jene Voraussetzungen vorliegen, in allen seinen civilprocessualischen Angelegenheiten eben so wie im eigentlichen Gerichtsstande des Wohnsitzes Recht nehmen müssen; es soll daher in Ansehung der Erbschaftsklage in dem der L. un. C. 3. 20. unterstellten Falle von der Wahl des Klägers abhängen, an welches der beiden zuständigen Gerichte er sich wenden wolle [94]). Abgesehen davon, daß die Bedeutung des Wortes degere, welche Brackenhöft annimmt, wohl überhaupt schwerlich vorkommt, beruft sich derselbe zur Begründung seiner Ansicht, nächst der L. un. C. cit. selbst aber noch auf eine einzige andere, den Gerichtsstand der Senatoren in streitigen Rechtssachen betreffende Verordnung [95]). Allerdings scheint hier gesagt zu sein: Senatoren könnten in Civilsachen sowohl in Konstantinopel, als in den Provinzen verklagt werden, und zwar in der Provinz nicht nur bei dem Gerichte ihres Wohnortes, sondern auch bei dem Richter, in dessen Gerichtssprengel sie den größten Theil ihres Vermögens besitzen und für gewöhnlich sich aufhalten. Auch könnte man glauben, als ob in der letzteren Beziehung in einer anderen Verordnung [96]) rücksichtlich der darin benannten Beamten dasselbe vorgeschrieben wäre. Nur wäre es freilich auffällig, wenn ein so wichtiger, in die ganze Lehre vom Gerichtsstande tief eingreifender Grundsatz, wie Brackenhöft ihn aufstellt, lediglich da, wo von dem Gerichtsstande einiger weniger Klassen von Eximirten die Rede ist, und blos in Absicht auf diese, außerdem aber in den Justinianeischen Gesetzbüchern nirgends erwähnt würde. Die zuletzt erwähnte Constitution sagt aber, genauer betrachtet, nichts anderes, als daß auch Beamte der dort bezeichneten Klassen, wenn sie Rechtsgeschäfte in der Provinz eingingen und dort im Gerichtsstande des Contractes verklagt würden, in der Regel doch Recht nehmen müßten und sich auf ihren privilegirten Gerichtsstand nicht berufen dürften, worauf auch schon die Inscription des fraglichen Codextitels (Lib. III. Tit. 25.) hindeutet: In quibus causis militantis fori praescriptione uti non possunt. Die Worte der L. 2. C. III. 24.: „ubi maiorem bonorum partem possident et assidue versantur, will Emminghaus [97]), da das Wort aut auch sonst als

---

94) Ebd. S. 222. Vgl. dagegen Emminghaus a. a. O. S. 103 flg.

95) L. 2. C. III. 24.: „Senatores in pecuniariis causis, sive in hac alma urbe, sive in suburbanis degunt, in iudicio tam praetorianae, quam urbicariae praefecturae, nec non magistri officiorum (quoties tamen ad eum nostrae pietatis emanaverit iussio), in provinciis vero, ubi larem fovent, aut ubi maiorem bonorum partem possident, et assidue versantur, respondebunt."

96) L. 1. C. III. 25.

97) A. a. O. S. 105 flg.

Digitized by Google

gleichbedeutend mit et in den Quellen gebraucht werde, ſo verſtehen, daß ſie, in Verbindung mit den unmittelbar vorhergehenden Worten: „ubi larem fovent," und zuſammengenommen mit dieſen, nur beſtimmter noch ausdrücken ſollen, es ſei mit letzteren das in der Provinz begründete, gewöhnliche forum domicilii der Senatoren gemeint. Hiernach wolle die Conſtitution wohl keinen neuen Rechtsſatz aufſtellen; ſie bringe vielmehr nur die ſchon aus den Digeſten[98]) bekannte Regel in Erinnerung, nach welcher das den Senatoren in der Hauptſtadt gebührende domicilium dignitatis ihr Domicil in der Provinz nicht aufhebt, mit dem Hinzufügen, daß folglich für die Senatoren an beiden Orten, in Conſtantinopel und in der Provinz ein ordentlicher perſönlicher Gerichtsſtand begründet ſein könne. Der Erklärung von Emminghaus ſteht aber entgegen, daß die Baſiliken[99]) die fragliche Stelle der L. 2. C. III. 24. ſo wiedergeben, daß ſie das aut nicht in conjunctiver, ſondern in disjunctiver Bedeutung nehmen: „*εἰ δὲ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις εἰσίν, ἐκεῖ ἐνογέσθωσαν, ἢ ὅπου διάγουσιν, ἢ ὅπου τὸ μεῖζον μέρος ἔχουσι τῆς ἰδίας οὐσίας.*" Es iſt dies umſomehr von Bedeutung, als Thaleläus, aus deſſen Commentar die Baſilikenſtelle genommen iſt, Zeitgenoſſe Juſtinian's war, und recht wohl wiſſen konnte, wie die Conſtitution in der Praxis verſtanden wurde. Die von Emminghaus angeführten Digeſtenſtellen beziehen ſich auf die von dem Domicil der Senatoren verſchiedene origo derſelben und ſprechen aus, daß Senatoren, obſchon ſie ihr Domicil in der Hauptſtadt haben, doch daneben dem Orte angehören, wo ſie das Stadtbürgerrecht haben (origo); ſie beziehen ſich, inſoweit ſie von origo ſprechen, gar nicht auf die Provinzen, in welchen Stadtobrigkeiten mit Gerichtsbarkeit gar nicht vorkamen[100]), ſondern nur auf Italien. Inſoweit ſie von einem von dem in der Hauptſtadt begründeten domicilium dignitatis verſchiedenen Domicil der Senatoren ſprechen, iſt dies allerdings von den Provinzen zu verſtehen, und es ſteht nach dem Digeſtenrechte feſt, daß Senatoren, außer in der Hauptſtadt, auch in der Provinz, in welcher ſie ihr Domicil hatten, belangt werden konnten. Wenn nun aber das Vermögen eines Senators in verſchiedenen, weit von einander entlegenen Provinzen zerſtreut war, ſo hätte für denjenigen, welcher aus einer vom Domicil des Senators weit entlegenen Provinz einen Anſpruch gegen dieſen geltend machen wollte, eine große Erſchwerung der Rechtspflege darin gelegen, daß er ſeinen Anſpruch in dem Domicil des Senators klagend verfolgen mußte, und es konnten daher die Kaiſer Valens, Gratian und Valentinian II., von denen die L. 2. C. III. 24. (390) herrührt, ſich mit vollem Grund dadurch bewogen fühlen, für die rechtliche Geltendmachung von Anſprüchen gegen Senatoren hinſichtlich des Gerichtsſtandes etwas

98) L. 11. D. 1. 9. L. 23. pr. D. 50. 1. L. 22. §. 6. D. eod.
99) Lib. VII. Tit. 5. cap. 90. ed. Heimb. T. I. p. 284.
100) Savigny, Syſt. des heut. röm. Rechtes Bd. 8, S. 74.

Digitized by Google

Abweichendes zu bestimmen, und die Klagen gegen solche nicht blos in ihrem Domicil, sondern auch in der Provinz, in welcher sie den größten Theil ihres Vermögens besaßen und sich gewöhnlich aufhielten, zu verstatten. Die L. 2. C. III. 24. enthält also nur eine Ausnahme für Klagen gegen Senatoren und kann von Brackenhöft nicht angezogen werden, um seine Erklärung der L. un. C. III. 20. dadurch zu stützen. Bethmann-Hollweg[101]) findet, nach dem Vorgange von Hugo Donellus[102]), in der L. un. C. III. 20. das (eigentliche) forum domicilii als das für die hereditatis petitio ausschließlich zuständige anerkannt. Er hält möglicher Weise die Worte „vel si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit" für interpolirt. Beziehe man sie indessen, wie dies füglich geschehen könne, auf das Domicil, und denke sie im ganzen Zusammenhange der Stelle, so enthielten sie einen keineswegs mäßigen Zusatz. Die Kaiser sprächen aus: die missio in possessionem sei da, wo die Erbschaftsgegenstände sich befinden, nachzusuchen, die hereditatis petitio aber im Domicil des Beklagten, somit, des inneren Zusammenhanges ungeachtet, vor einem anderen Richter anzustellen. Natürlich und der Fassung eines Rescriptes gemäß sei es, daß hinzugefügt worden wäre: „es müßte denn der Beklagte sein Domicil an demselben Orte haben, wo die Erbschaftssachen gelegen seien: dann könne derselbe Richter, welcher die provisorische Verfügung getroffen habe, auch die Hauptsache entscheiden." Obgleich mit dieser Darstellung sich auch Andere[103]) einverstanden erklärt haben, so kann sie doch weder grammatisch, noch sachlich, vollständig befriedigen[104]). Abgesehen davon, daß das Wort degere dabei in dem Sinne von „domicilirt sein" genommen wird, während es regelmäßig blos von dem factischen Aufenthalte einer Person an einem beliebigen Orte gebraucht wird[105]), würden die Kaiser es auch mit den Sprachregeln wenig genau genommen haben, wenn sie den von Bethmann-Hollweg ihrem Ausspruche unterlegten Sinne mit den Worten, deren sie sich bedienten, ausgedrückt hätten. Seltsam und gezwungen wäre es gewesen, wenn sie ausgesprochen hätten: „das Gesuch um die missio in possessionem ist da, wo die hereditas belegen ist, — die hereditatis petitio im Domicil des Beklagten, — oder auch da, wo die hereditas belegen ist, — dies jedoch nur dann, wenn er daselbst auch sein Domicil hat, — anzubringen." Endlich und vor Allem, wenn rechtliche Belehrung darüber bei den Kaisern erbeten war: ob die hereditatis petitio an dem Orte angestellt werden könne, wo die Erbschaftssachen sich befänden und der im Testa-

---

101) Versuche über einzelne Theile des Civilprocesses S. 63 flg.
102) Commentarii de iure civili lib. XVII. cap. 17. §. 12.
103) Hugo, Gesch. des röm. Rechtes S. 989 flg. 11. Ausg. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 3, S. 78, N. 8 a. E.
104) Vgl. Emminghaus a. a. O. S. 107 flg.
105) Vgl. pr. Inst. II. 11. L. 35. §. 8. D. 4. 6. L. 2. C. III. 19.

Digitized by Google

mente ernannte[106]), anderwärts wohnhafte Erbe die Immiſſion in die Erbſchaft erlangt habe und perſönlich anweſend ſei? — dieſe Frage aber verneint werden ſollte, dann war kein Anlaß gegeben, ein Mehreres, als daß die hereditatis petitio vor den Gerichtsſtand des Wohnortes gehöre, hinzuzufügen. Denn daß dieſe Klage in dem Gerichtsſtande des Wohnortes auch dann angeſtellt werden dürfe, wenn der Erbſchaftsbeſitzer an dem Orte, wo die Immiſſion erfolgte, ſein Domicil habe, verſtand ſich von ſelbſt. Es genügte einfach zu ſagen, die hereditatis petitio ſei in dem Domicil des Beklagten anzuſtellen; das weiter Beigefügte hätte lediglich daſſelbe geſagt. Die allein befriedigende Erklärung der L. un. C. III. 20. giebt Arndts[107]); ihr haben auch Mehrere beigepflichtet[108]). Er hat richtig erkannt, daß, ſo lange man an der, bei den früheren Auslegern gleichſam ſtereotyp gewordenen Meinung feſthalte, als ob die Partikel „vel" im zweiten Satze der L. un. C. III. 20. nothwendig durch oder wiedergegeben werden müſſe, zu voller Klarheit über den Sinn der Stelle niemals zu gelangen ſei, und alle Schwierigkeiten glücklich dadurch gelöſt, daß er „vel" in der Bedeutung von „ſogar auch" oder „ſelbſt dann" nimmt, in welcher es in den Quellen des römiſchen Rechtes häufig vorkommt[109]). Nimmt man das Wort „vel" in der L. un. C. III. 20. in dieſem Sinne, und das Wort „degit" in der gewöhnlichen Bedeutung von „verweilen" oder „ſich aufhalten", ſo iſt außerdem, daß alle Schwierigkeiten und Anſtände verſchwinden, welche ſonſt der Zwiſchenſatz: „vel si ibi — degit" mit ſich bringt, der logiſchen Auslegung der ganzen Stelle der Weg gebahnt. Man hatte ohne Zweifel den Kaiſern die Frage vorgelegt: ob nicht die Erbſchaftsklage bei dem Gericht angeſtellt werden könne, welches den im Gerichtsbezirke nicht wohnhaften, jedoch dort noch verweilenden Erben, auf Grund eines mit keinen äußeren Mängeln behafteten letzten Willens, in den Beſitz des Nachlaſſes eingewieſen habe? Sie verneinen dieſe Frage; ſie antworten wörtlich: „das Geſuch um Einweiſung in den Beſitz der Erbſchaftsſachen gehört vor das Gericht, in deſſen Sprengel die Erbſchaftsſtücke ſich vorfinden; der (mit dem

---

106) Es iſt von einer missio in possessionem die Rede, welche der eingeſetzte Erbe auf Grund des Edictum Hadriani verlangt (vgl. Tit. Cod. de Edict. D. Hadriani tollendo VI. 30.), wie aus der Rubrik des fraglichen Codextitels (III. 20.): „Ubi de hereditate agatur vel ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeant" hervorgeht.

107) Beiträge zu verſchiedenen Lehren des Civilrechtes und Civilproceſſes S. 122.

108) Morſtadt, gemein-teutſcher Civilproceßſchlüſſel §. 90 unter IX. Savigny, Syſt. Bd. 8, S. 309, N. p. Bayer, Vorträge über den ordentl. Proceß S. 195 8. Ausg. Emminghaus a. a. O. S. 108 flg.

109) Vgl. außer den von Arndts a. a. O. S. 123 angeführten Stellen noch folgende von Emminghaus a. a. O. S. 108, N. 6 angezogene: L. 5. §. 3. D. 1. 5. L. 11. §. 2. D. 2. 1. L. 55. D. 9. 2. L. 10. D. 19. 2. L. 60. §. 3. D. 17. 1. L. 13. §. 8. L. 39. §. 3. D. 48. 5.

Eingewiesenen zu verhandelnde) Rechtsstreit über das Erbrecht selbst hingegen ist lediglich bei dem Gerichte des Wohnortes des Beklagten zur Erledigung zu bringen, — sollte der zu Belangende gleich zur Zeit da, wo die Erbschaftssachen liegen, sich aufhalten." Das forum rei sitae wird in dieser Entscheidung weder direct verworfen, noch, unter irgend welcher Voraussetzung, zugelassen. Dieser Gerichtsstand wird vielmehr in Beziehung auf die hereditatis petitio gar nicht ausdrücklich erwähnt. Dennoch muß man folgerichtig annehmen, daß die Kaiser diesen Gerichtsstand bei der hereditatis petitio nicht für anwendbar gehalten haben, weil sie diese Klage schlechthin an das Gericht des Wohnortes verweisen. Was die leitenden Gedanken betrifft, welchen die Kaiser hierbei folgten, so konnte zuvörderst dem Umstande, daß der possessor hereditatis am Orte der erfolgten Einweisung in den Besitz sich anwesend befand, bei der kaiserlichen Entscheidung weiter, als es geschehen, deshalb keine Rechnung getragen werden, weil durch die Anwesenheit des zu Verklagenden im Gerichtsbezirke die Begründung des Gerichtsstandes überhaupt juristisch nicht bedingt wird. Denn daß die Frage von der Competenz des an und für sich zuständigen Gerichtes, sowohl in Ansehung persönlicher, als hinsichtlich dinglicher Klagen, von der Anwesenheit des Beklagten im Gerichtsbezirke unabhängig sei, ergiebt sich deutlich daraus, daß der Kläger bei ungerechtfertigter Abwesenheit des Beklagten Einweisung in das im Bezirke des angegangenen, an sich zuständigen Gerichtes befindliche Vermögen des Beklagten verlangen konnte[110]). Alles dieses würde auch bezüglich des Gerichtsstandes der gelegenen Sache gelten müssen, insoweit dieser Gerichtsstand zu der Zeit, wo die L. un. C. III. 20. erlassen wurde, schon eingeführt war, oder von den Verfassern dieses Rescriptes für die hereditatis petitio für zuständig erklärt worden sein würde. Allein die Kaiser verweisen die Erbschaftsklage blos an den Gerichtsstand des Wohnortes, wovon der Grund ohne Zweifel darin liegt, daß zur Zeit der Regierung von Valerianus und Gallianus der Gerichtsstand des Wohnortes für dingliche Klagen überhaupt, oder wenigstens für die größere Zahl derselben, noch das ausschließlich zuständige war. Selbst für die Eigenthumsklage ist der Gerichtsstand der gelegenen Sache ja erst gegen das Ende des 4. Jahrhunderts eingeführt worden. Die L. un. C. cit. bestätigt mithin nicht nur, daß die Anwesenheit des Beklagten auf die Frage, ob das eine oder das andere Gericht für eine bestimmte Rechtssache das competente sei, keinen rechtlichen Einfluß hat, sondern sie ist auch für das von Brackenhöft angenommene Quasi-Domicilforum keine Stütze. Weiter ist auch wohl gesagt worden: obschon die L. un. C. cit., vorausgesetzt, es wäre der possessor hereditatis im Gerichtsbezirke anwesend, die Erbschaftsklage im Gerichtsstande der gelegenen Sache zulasse, so käme doch jetzt auf des Beklagten Gegenwart nichts mehr an, weil die viel neuere, erst

110) L. 1—3. D. 42. 5. L. 2. C. III. 19.

Digitized by Google

aus dem Jahre 385 herrührende L. 3. C. III. 19. keiner ſolchen Beſchränkung des Gerichtsſtandes der gelegenen Sache weiter gedenke[111]). Dieſe Auffaſſung berückſichtigt aber einestheils das Zeugniß der Vaticaniſchen Fragmente nicht, nach welchem der Gerichtsſtand der gelegenen Sache gänzlich verworfen und der Gerichtsſtand des Wohnortes als der für dingliche Klagen überhaupt allein giltige Gerichtsſtand hingeſtellt wird; anderntheils verſtößt ſie gegen die Regel, daß ein ſpäteres generelles Geſetz einem früheren ſpeciellen Geſetze nicht derogire. Es kann aber überhaupt die hereditatis petitio ſchon der natürlichen Beſchaffenheit ihres Objectes nach den Klagen, welche für das forum rei sitae ſich eignen, nicht beigezählt werden, und ſie gehört nicht zu den Klagen, für welche dieſer Gerichtsſtand durch L. 3. C. III. 19. eingeführt iſt. Die Worte dieſer Stelle: iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri, ſind blos von der Vindication zu verſtehen, wie das adversus possidentem ergiebt, da nicht alle in rem actiones gegen den Beſitzer gerichtet ſind, die Vindication aber vorzugsweiſe gegen den Beſitzer geht[112]). Wären unter jenen Worten alle dinglichen Klagen begriffen und hätten die in der L. 3. C. cit. hinſichtlich des Gerichtsſtandes getroffenen Beſtimmungen gleichmäßig auf die hereditatis petitio angewendet werden ſollen, ſo wäre die Aufnahme der L. un. C. III. 20. in den Codex gar nicht nöthig geweſen. Iſt ſie nun dennoch, und ſogar unter einem eigenen Titel, in den Codex aufgenommen, und iſt darin, nach richtiger Auslegung, der Gerichtsſtand der gelegenen Sache für die Erbſchaftsklage verworfen worden, ſo iſt der durchgreifende innere Grund dafür in der Eigenthümlichkeit des Gerichtsſtandes der gelegenen Sache und in der Natur der Erbſchaftsklage ſelbſt zu ſuchen. Begriffsgemäß können im Gerichtsſtande der gelegenen Sache nur Klagen angebracht werden, durch welche das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an beſtimmten einzelnen körperlichen Sachen verfolgt oder geltend gemacht wird; denn nur bei Gegenſtänden von ſolcher Eigenſchaft kann man von einer Gebundenheit an den Ort, von einem Belegenſein, welches hier als unerläßlich vorausgeſetzt wird, reden. Daß alſo derjenige, welchem eine zum Vermögen des Erblaſſers gehörige beſtimmte körperliche Sache legirt iſt, die deshalb gegen jeden Beſitzer derſelben ihm zuſtehende Eigenthumsklage im Gerichtsſtande der gelegenen Sache erhebe, kann, hingeſehen auf das Pandektenrecht, theils aus dem ſchon mehrfach erwähnten rechtsgeſchichtlichen Grunde, theils weil L. 38. D. 5. 1. aller Wahrſcheinlichkeit nach überhaupt nur von der Forderung der Leiſtung, nicht von der Anſtellung der Klage ſpricht[113]), zweifelhaft ſein, unterliegt aber wenigſtens principiell und nach L. 3. C. III. 19.

---

111) Martin, Vorleſ. über den gem. teutſchen bürgerl. Proceß Bd. 1, S. 329 flg.

112) §. 2. Inst. IV. 6. L. 25. pr. D. 44. 7. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 62. Savigny, Syſtem Bd. 8, S. 309, N. p.

113) Hefftter im Archiv für civil. Praxis Bd. 10, S. 203 flg. Beth-

Digitized by Google

gar keinem Bedenken. Anders verhält es sich bei der Erbschaftsklage, wodurch der Kläger nicht das Eigenthum an einzelnen körperlichen Sachen, sondern die Nachfolge in die gesammten vererblichen Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers und die Befugniß, denselben bezüglich dieser Rechte und Verbindlichkeiten zu repräsentiren, in Anspruch nimmt. Gegenstand der Klage ist hier ein Vermögen oder ein Theil eines Vermögens als Ganzes gedacht, mithin ein ideales Object von völlig unbestimmtem Inhalte, möglicher Weise bestehend aus Eigenthum und anderen Rechten an einzelnen Sachen, aus Forderungen und Schulden, ein Vermögen, welches überall und nirgends ist und mithin auf einen bestimmten Ort mit Sicherheit sich nicht zurückführen läßt, wofür ein bestimmter Ort, wo die Sache liegt, gar nicht vorhanden ist. Insbesondre darf man auch nicht etwa denjenigen Ort als locus rei sitae für die Erbschaft betrachten, wo der größere Theil des Nachlasses sich vorfindet [114]). Denn die dafür angeführte Digestenstelle handelt blos von der Verfolgung eines Singularfideicommisses und davon, wo solches zu entrichten sei [115]). Selbst wenn diese Stelle von einem Universalfideicommiß und von dessen Einklagung handelte, würde aus einer so singulären Bestimmung keine allgemeine Regel abgeleitet werden können [116]). Ja man kann vom strengrechtlichen Standpunkte nicht einmal denjenigen beipflichten, welche die Erbschaftsklage auf Grund der L. 3. C. III. 19. ausnahmsweise dann im Gerichtsstande der gelegenen Sache zulassen, wenn dieselbe blos auf einzelne im Gerichtsbezirke gelegene körperliche Sachen gerichtet wäre [117]). Zwar findet die Erbschaftsklage gegen Jeden statt, welcher auch nur eine einzige zur Erbschaft gehörige Sache, ohne in Ansehung ihres Erwerbes auf einen singulären Rechtstitel sich berufen zu können, im Besitze hat, und unter Bestreitung des Erbrechtes dem Erben herauszugeben sich weigert [118]). Dennoch behält die Erbschaftsklage auch in diesem Falle den Charakter eines universellen Rechtsmittels bei, weil es sich auch dabei um das Erbrecht des Klägers handelt. Jedenfalls lautet die in L. un. C. III. 20. ausgesprochene dispositive Bestimmung so allgemein, daß man nicht

---

mann-Hollweg a. a. O. S. 75 flg. Zimmern a. a. O. S. 77, N. 5 a. E. Brackenhöft a. a. O. S. 225, N. 1.

114) Dies ist von Thibaut, Pandektenrecht §. 1073 bei Note r 5. Ausg. Zimmern a. a. O. S. 74 bei Note 10 mit Bezugnahme auf L. 50. pr. D. 5. 1. behauptet worden. Es heißt daselbst: „Si fideicommissum ab aliquo petatur, isque dicat, alibi esse maiorem partem hereditatis, non erit ad praestationem compellendus: et ita multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi maior pars hereditatis est, nisi si probetur, eo loco voluisse testatorem fideicommissum praestari, ubi petitur."

115) Bayer im Archiv f. civil. Praxis Bd. 6, S. 183 flg.

116) Savigny a. a. O. S. 233.

117) Solchenfalls läßt die Erbschaftsklage im forum rei sitae zu Morstadt a. a. O. S. 71.

118) L. 4. 9. 10. pr. D. 5. 3.

Digitized by Google

berechtigt ist, sie blos da anzuwenden, wo ein streitiger Nachlaß nicht irgendwo gelegene körperliche Gegenstände in sich begreift oder die Erbschaftsklage doch nicht lediglich gegen einen Beklagten, welcher solche Gegenstände besitzt, erhoben wird. — Selbst diejenigen Rechtslehrer, welche den Gerichtsstand des Wohnortes als den nach dem Rechte des Codex für die Erbschaftsklage ausschließlich zuständigen anerkennen, sind indessen in der Mehrzahl der Ansicht, daß die Sache durch die Novelle 69 eine wesentlich andere Gestalt angenommen habe. Namentlich gilt dies von Bethmann-Hollweg und Savigny. Der Erstere[119]), welchem auch Arndts[120]) beistimmt, hebt hervor, es sei im Cap. 1 der Novelle für Klagen aller Art ein neuer Gerichtsstand da geordnet worden, wo die den Beklagten obligirende Thatsache vorgekommen wäre, damit der Kläger da klagen könne, wo er das Unrecht erlitten, und nicht nöthig habe, dem Beklagten in dessen Gerichtsstand zu folgen. Gewiß, sagt er, sei Justinian's Absicht dahin gegangen, für die einzelnen und beschränkteren speciellen Gerichtsstände des älteren Rechtes ein allgemeines Princip aufzustellen, daher man sich berechtigt halten könne, jene speciellen Gerichtsstände insgesammt, und auch den Gerichtsstand der gelegenen Sache, möglichst weit auszudehnen. Für diesen letzteren Gerichtsstand wäre als allgemeiner Gesichtspunkt gegeben: wo des Klägers Recht verletzt werde, müsse der Beklagte ihm zu Recht stehen. Hiernach sei der Gerichtsstand der gelegenen Sache auch für die Erbschaftsklage anzunehmen, insofern sie gegen den Besitzer körperlicher Erbschaftssachen gerichtet sei. In ähnlicher Weise findet Savigny[121]) den Gerichtsstand stets auf den Ort der Verletzung zurückgeführt. Er hält hiernach ebenfalls die Anstellung der Erbschaftsklage in dem Gerichtsstande der gelegenen Sache für zulässig, was indeß, wie er sagt, nur den Sinn habe, daß Jeder, welcher das Recht des Erben dadurch verletzt, daß er eine Erbschaftssache pro herede oder pro possessore besitzt, da belangt werden könne, wo der unrechtmäßige Besitz, welcher die Rechtsverletzung enthalte, ausgeübt werde. Wenn nun auch als richtig zugegeben werden muß, wie dies oben unter I. weiter ausgeführt worden ist, daß in der Novelle 69 der Gerichtsstand stets auf den Ort der Verletzung zurückgeführt wird, und wenn auch ferner richtig ist, daß die Hauptabsicht des Kaisers bei Erlassung dieses Gesetzes Erleichterung der Rechtsverfolgung durch Beseitigung der privilegirten Gerichtsstände war, so kann doch damit, daß gesagt wird, Jeder, welcher sich eines Vergehens oder einer Rechtsverletzung schuldig mache, solle da zu Recht stehen, wo er gefehlt habe, unmöglich mehr gesagt sein, als daß in der Regel kein in der Provinz bei einem an und für sich zuständigen Richter in Anspruch Genommener künftig mit der auf einen privilegirten Gerichts-

---

119) Versuche S. 68 flg.
120) A. a. O. S. 128. Ebenso Zimmern a. a. O. S. 79.
121) A. a. O. S. 309 flg.

stand gegründeten Einrede des incompetenten Gerichtes weiter gehört werden solle. Die Frage, ob die Erbschaftsklage im forum rei sitae angestellt werden könne, wird durch die Novelle gar nicht berührt. Hätte der Kaiser das nach dem Obigen nach dem Rechte des Codex für diese Klage nicht begründete forum rei sitae für dieselbe dadurch eingeführt, so hätte er dies auch ausdrücklich gesagt; er hätte die Streitigkeiten über Erbrecht ebensowohl nennen müssen, wie er die über Besitz, Eigenthum, Hypothek genannt hat, da die Streitigkeiten über Erbrecht, bei denen es sich doch regelmäßig um das ganze Vermögen eines Verstorbenen oder einen idealen Theil desselben handelt, wichtiger sind, als die ausdrücklich genannten. Und wenn sich Jemand darauf berufen wollte, daß im Cap. 1 der Novelle den genannten Streitigkeiten hinzugefügt wird: „ἢ περὶ ἑτέρας οἱασδήποτε προφάσεως (aut alia quacunque de causa); so kommt dagegen in Betracht, daß diese allgemeine Clausel die Streitigkeiten über Erbrecht deshalb nicht mit umfassen kann, weil nach dem früher Bemerkten für diese das forum rei sitae nicht paßt, während sie sehr wohl unter anderen auf Streitigkeiten aus Contracten bezogen werden kann. Wir sind demnach mit Emminghaus und Anderen[122]) der Ueberzeugung, daß für die Erbschaftsklage der Gerichtsstand des Wohnortes auch nach dem neuesten römischen Rechte, und zwar unbedingt, der allein zuständige sei.

IV. Ueber das forum continentiae causarum bei dem Petitorium und Possessorium. Bei den meisten älteren und neueren Proceßlehrern, und auch in einem früheren Artikel dieses Werkes[123]) der Satz, daß über die possessorischen und petitorischen Klagen bei demselben Gerichte verhandelt und entschieden werden soll, weshalb man sich auf Stellen des römischen und kanonischen Rechtes beruft[124]). Dieser Satz ist neuerdings einer Untersuchung unterworfen worden[125]). Von einigen Rechtslehrern[126]) werden durch den Beisatz „der Regel nach" Ausnahmen angedeutet, und entweder gar nicht ausgeführt oder durch Bezugnahme auf Cujacius (Obs. II. 35.) bezüglich cap. 21. X. II. 1. und die Kammergerichtsordnung Th. II, Tit. 22 bezeichnet. Der Erstere aber hat in der That keine Ausnahme von diesem Satze behauptet, sondern lediglich ausgeführt, daß der Richter nach seinem Ermessen über Possessorium und Petitorium zusammen (in uno eodemque iudicio) oder getrennt entscheiden könne. Die an-

---

122) Hugo Donellus l. c. Huber, praelect. iur. civ. Lib. V. Tit. 1. §. 49. Bayer, Vorträge S. 194 flg. 8. Ausg.

123) Vgl. den Artikel Gericht Bd. IV, S. 560.

124) L. 10. C. III. 1. L. 13. C. III. 32. Cap. 1. X. II. 12. Cap. 1. X. II. 17.

125) Vgl. Buff in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 8, S. 281 flg.

126) Siehe die von Buff S. 282, N. 2 Angeführten. Der von ihm angeführte Lotz, civil. Abhandl. S. 175 flg. hat schon früher die von Buff neuerdings vertheidigte Ansicht.

Digitized by Google

geführte Stelle des kanonischen Rechtes enthält einen Fall, in welchem der weltliche Richter im Possessorium nicht auch für zuständig für das Petitorium einer geistlichen Partei gegenüber erklärt wird. Ebenso schließt das angeführte Reichsgesetz den Satz nur für einen einzelnen Fall, die Austrägalgerichte, aus. Als Grund für die solchergestalt festgestellte Regel wird von den Rechtslehrern der angeblich allgemein giltige Satz angeführt: „Wenn mehrere Sachen in einem solchen Zusammenhange zu einander stehen, daß die eine nicht ohne Nachtheil für die andere vor einem anderen Gerichte verhandelt und entschieden werden kann, so erfordert schon der Zweck des gerichtlichen Verfahrens-Verhandlung beider vor demselben Gerichte[127]." Aeltere Juristen[128] nehmen als Grund des von ihnen schlechtweg genannten forum continentiae causarum genannten Gerichtsstandes an, daß derselbe ebenso sehr im Interesse der Parteien, als des öffentlichen Wohles (wegen Verminderung der Processe) liege, Zerreißung des nothwendig Zusammengehörenden verhindere, der Chicane, dem Kostenaufwande und der Arbeitsüberhäufung der Gerichte begegne und jedenfalls positiven Rechtens sei. Sie nehmen dann bald vier, bald sechs, bald zwölf verschiedene Arten an. Der fragliche specielle Fall wird hierher gerechnet, weil nach dem Ausdrucke mittelalterlicher berühmter Juristen, wie Baldus a. A. finis possessorii initium petitorii sei, also gewissermaßen nur Ein Rechtsstreit vorliege, welchen die Parteien vor demselben Richter durchführen müßten. Ueber die Wirkungen dieses Princips über den Gerichtsstand führen die neueren Juristen nichts an; die älteren, namentlich Praktiker, geben dem Beklagten eine vor der Einlassung vorzubringende, das Gericht ablehnende Einrede, deren Vorschützung den Richter incompetent macht, während die Unterlassung zur Folge hat, daß der Proceß vor beiden Richtern rechtsbeständig ist[129]. Von selbst versteht sich, daß, wenn schon ohnehin für das Possessorium und Petitorium nur Ein Gericht competent wäre, etwa weil nur Eines überhaupt vorhanden wäre, oder doch Eines, z. B. das Gericht der gelegenen Sache, eine ausschließende Competenz hätte, von der ganzen Regel, daher auch von einem sie enthaltenden Gesetze, nicht wohl die Rede sein könnte. Das Princip soll ja eine gar nicht oder doch nicht ausschließend vorhandene Competenz überhaupt erst schaffen. Was die für den oben erwähnten Satz angeführten Gesetze betrifft, so rescribirt Constantin im Jahre 366 an den Stadtpräfecten Severus: Niemand solle in Zukunft mehr

---

127) Linde, Civilproc. §. 94. Manche (Thibaut, Pandektenr. §. 1075, Grolman, Civilproc. §. 42a) begnügen sich mit Aufstellung des Princips, ohne zu entscheiden, ob auch der fragliche Fall hierher gehöre; Andere (Gensler zu Martin I, S. 82, Ausg. von Morstadt) führen den fraglichen Fall nebst mehreren anderen als Folge jenes Princips an, protestiren aber gegen Aufstellung eines solchen, wo es nicht in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt sei.

128) Z. B. Frid. Mindanus de continent. caus. II. §. 1.

129) Buff S. 284, N. 9 führt eine Reihe Schriftsteller an.

Digitized by Google

Gehör finden, der zusammengehörige Rechtssachen zu trennen beabsichtige und mittelst zu erlangenden begünstigenden Rescriptes dasjenige, was in einem und demselben Verfahren hätte zu Ende gebracht werden können, an verschiedene iudices zu bringen suche, bei Meidung einer vom Richter zu bestimmenden Strafe für denjenigen, welcher gegen diese Verordnung einkomme, und sich für die Besitzfrage diesen, für die Hauptfrage einen anderen iudex erbitte. Der Stadtpräfect, an welchen die Verordnung gerichtet ist, war Richter erster Instanz für alle Bewohner der Hauptstadt[130]), und zwar der einzige, so daß die Möglichkeit, an mehrere sich zu wenden, gar nicht vorhanden, also auch nicht zu beseitigen war. Unmöglich konnte er allein alle Civil- und Criminalprocesse der Hauptstadt entscheiden; er fand hierin ohne Zweifel durch die iudices minores Unterstützung[131]). Diese sind in der unter den christlichen Kaisern bestehenden Gerichtsverfassung delegirte Richter, welche an die Stelle der alten iudices dati getreten sind, also Personen, welche ohne selbstständige öffentliche Richtergewalt den Magistraten in der Weise als Gehilfen beigeordnet sind, daß ihnen regelmäßig einzelne Civilsachen zur Untersuchung überwiesen werden sollen[132]). Um die Bestellung eines solchen Commissars bitten, hieß eben supplicare. Durch die L. 10. C. cit. wird also offenbar kein neuer Gerichtsstand geschaffen, sondern das Gesetz enthält lediglich die Anweisung an den Gerichtsvorstand, ohne Rücksicht auf etwa entgegenstehende Suppliken für Petitorium und Possessorium immer nur denselben Commissar zu bestellen. Diese mit der römischen Gerichtsorganisation zusammenhängende Regel würde sonach nicht einmal, wenn wir dieselbe Gerichtsorganisation hätten, in der ihr von den Rechtslehrern gegebenen Ausdehnung gelten können; bei völlig veränderter Organisation der Gerichte scheint jene Gesetzstelle ganz unanwendbar zu sein. Noch weniger scheint die L. 13. C. III. 32. hierher zu gehören. Die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren darin[133]): Es ist hergebrachten Rechtens, daß bei Sclavenprocessen die Sclaven exhibirt werden, und dann zuerst der Besitzstand entschieden, hierauf erst die Eigenthumsfrage von demselben iudex festgestellt wird. Auch hier ist der iudex nichts Anderes, als der Commissar; denn die L. 2. C. III. 3., welche bereits die Grundzüge der neuen Gerichtsorganisation enthält, und den mit der Rechtspflege betrauten Magistraten zwar die im früheren Processe begründete Befugniß

130) L. 4. C. I. 28. Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. I, S. 83.

131) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 84.

132) L. 2. C. III. 3. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 142.

133) „Ordinarii iuris est, ut mancipiorum orta quaestione prius exhibitis mancipiis de possessione iudicetur, ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur.“ Lotz, civil. Abhandl. S. 188 flg. bezieht die ganze Stelle nicht auf das Possessorium und Petitorium, sondern auf die actio ad exhibendum (exhibitis mancipiis) und die rei vindicatio, was auch die Ansicht aller älteren Commentatoren ist.

Digitized by Google

der iudicis datio als Regel entzieht, und dieselben regelmäßig zur eigenen Entscheidung verpflichtet, jene Befugniß aber ihnen ausnahmsweise einräumt, wenn sie entweder wegen öffentlicher Geschäfte oder wegen zu großer Menge der Rechtssachen nicht selbst entscheiden können, ist von denselben Kaisern. Hier, wo ein Gerichtsstand der gelegenen Sache nicht einmal denkbar ist, wäre nach der römischen Gerichtsverfassung gar kein Grund aufzufinden, von eodem iudica zu reden, wenn man darunter den anzugehenden Magistrat verstehen wollte, weil, wo nur Einer ist, sich das idem von selbst macht. Die Stelle sagt nicht mehr und nicht weniger, als daß bei Sclavenprocessen ein und derselbe Commissar damit betraut werde, erst den Besitzstand festzustellen und sodann über das Eigenthum zu erkennen; ein Satz, welcher bei uns selbstverständlich keine Anwendung leiden, noch weniger zur Schaffung eines noch dazu exclusiven Gerichtsstandes benutzt werden kann. Wenn nun im kanonischen Rechte (cap. 1. X. II. 12.) Pabst Gregor schreibt[134]): Im Civilrechte ist verordnet, daß die Besitzfrage und die Eigenthumsfrage von einem und demselben Judex entschieden werden müsse, und können Wir daher auch nichts wider eine nicht gehörte Partei verfügen — so ergiebt schon die Bezugnahme auf das Civilrecht, daß nichts Neues festgesetzt, sondern nur das Civilrecht angewendet werden sollte, und dieses redet nach dem Obigen nur vom Commissar. Man könnte aber einwenden, daß, daß die Erklärung des iudex als Commissars nur auf die römische Gerichtsverfassung gegründet, mit deren Wegfall im kanonischen Rechte dagegen das Wort iudex von jedem, auch dem ständigen Richter zu verstehen sei. Zur Widerlegung dieser bei der Gewöhnlichkeit der delegirten Richter oder Commissare im Mittelalter an und für sich nicht treffenden Ansicht bedarf es nur der Bezugnahme auf die Commentatoren der fraglichen kanonischen Gesetzstelle, welche alle unter dem iudex nur einen Commissar verstehen. In dem cap. 1. X. II. 17. von Innocenz III. wird ausdrücklich nur die Einwendung, daß mit Erledigung des Possessorium das Commissorium erloschen sei, durch Auslegung des Auftragsrescriptes widerlegt[135]) unter dem Anführen, weil die Entscheidung des Possessorium und Petitorium aufgetragen sei, wie sich aus der absoluten und unbeschränkten Fassung des Auftragsrescriptes ergebe, und da Zusammengehöriges nicht auseinander gerissen werden dürfe. Enthalten die Gesetze die behauptete Regel nicht, so kann das cap. 21. X. II. 1. nicht als Ausnahme gelten, als welche es sich auch in der That nicht kund giebt, sondern nur als Ausfluß und

---

134) „Legali provisione decretum est, tam momenti, quam proprietatis causam sub uno eodemque iudice cognosci debere, nec nos contra inauditam partem aliquid possumus definire.“ Manche Handschriften lesen in uno eodemque iudicio.

135) ... „quod tam causa possessionis quam proprietatis fuerat iudici delegata, cum absolute et indistincte commissa fuerit et eius continentia dividi non deberet.“

Digitized by Google

Anerkenntniß der Regel: Actor sequitur forum rei. Es fragt sich noch, ob nicht, auch zugestanden, daß der Wortlaut der Gesetze die Regel eines Gerichtsstandes wegen Zusammenhanges der Sachen nicht begründe, wenigstens deren Geist und Sinn einen solchen nothwendig mache. Mögen sie nämlich auch zunächst nur auf die zu ihrer Zeit bestehende Gerichtsverfassung zu beziehen sein, und eine Disciplinarvorschrift über die Bestellung der üblichen Commissare enthalten, so könnte man doch sagen, daß diese Vorschrift auf einen allgemein giltigen Grund gestützt sei, nämlich auf den Grund: Man soll Zusammengehöriges nicht trennen, und nicht, was in Einem Verfahren abgethan werden könnte, in zwei spalten. Dagegen ist zunächst einzuwenden, daß Abweichungen von der Regel, Singularitäten, wie die behauptete Ausnahme von dem Grundsatze: Actor sequitur forum rei, nicht durch Analogie begründet werden können. Sodann sind auch die Verhältnisse völlig ungleich. Analog angewendet würde die Vorschrift in L. 10. C. III. 1. dahin führen können, daß in Richtercollegien nur Ein Referent für dergleichen sogenannte connexe Sachen bestellt würde, wogegen wohl nicht hervorgehoben zu werden braucht, welcher Unterschied zwischen einem von dem Präfecten zu bestellenden iudex und einem selbstständigen Richter besteht. Endlich passen die in der Stelle genannten allgemeinen Gründe nur sehr unvollkommen. Die angebliche Connexität oder Zusammengehörigkeit liegt nicht in dem Wesen des Besitzes und des Eigenthums; vielmehr warnen verschiedene Gesetzstellen wiederholt vor einer solchen Unterstellung [136]). Im römischen Processe ging aber der Eigenthumsklage regelmäßig erst eine Feststellung des Besitzes voraus [137]). Für das römische Recht war darum allerdings wahr: Possessorium et petitorium unum iudicium, possessorii finis petitorii principium. Für das heutige Recht paßt dies nicht; die tägliche Erfahrung lehrt, daß beide Verfahren getrennt sind [138]), und daß in sehr vielen Fällen auf das Possessorium kein Petitorium folgt. Die processualische continentia causae, deren die L. 10. C. III. 1. gedenkt, und welche im römischen Rechte allerdings

---

136) L. 12. §. 1. D. 41. 2.: „Nihil commune habet proprietas cum possessione.“ L. 52. D. eod.: „Permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent.“ L. 1. §. 2. D. 43. 16.: „Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate.“

137) Dies ergiebt sich 1) für das älteste Proceßrecht, die legis actiones, aus Gai. Inst. Comm. IV. §. 16.: „Postea Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, i. e. interim aliquem possessorem constituebat;“ 2) für das mittlere Proceßrecht, die Formeln, aus Gai. Inst. Comm. IV. §. 148.: „Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat;“ 3) für das neueste Proceßrecht aus L. un. C. VIII. 6.: „Rector provinciae vim fieri prohibebit ac satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet.“

138) Diese Trennung beruht auf gemeiner Doctrin; s. Böhmer, de actionibus II. 4. §. 14 sq. und Ius eccl. Protest. Lib. II. Tit. 12. §. 9.

Digitized by Google

vorhanden war, ist bei uns so verschwunden, daß man das „quod in uno eodemque iudicio poterat terminari“ für uns schlechthin in Abrede stellen und das Gegentheil davon behaupten muß. Hiernach kann man nicht, wie doch geschieht, aus dem völlig weggefallenen Grunde des Gesetzes doch noch vermöge der Analogie das Gesetz auf unbedingt verschiedene Institute anwenden. Auch die von der Doctrin für ihr Erzeugniß beigebrachten Gründe sind nicht passend. Wenn schon die Verminderung der Processe im Interesse des Staates und der Parteien liegt, so kann doch, wenn das terminari uno eodemque iudicio nicht mehr üblich, ja sogar nicht mehr möglich ist, diese Rücksicht nicht mehr in Anschlag kommen. Wie die Chicane gefördert werde, wenn man bei der Regel bleibt, ist nicht einzusehen, weil man ebenso gut vor demselben, als vor einem anderen Gerichte chicaniren kann. Das Resultat ist: die Doctrin würde den Grundsatz: ubi possessorium, ibi et petitorium, auf Grund des positiven Rechtes schwerlich angenommen haben, wenn es nicht den älteren Rechtslehrern am Verständniß der römischen Gerichtsverfassung und des römischen Processes gefehlt hätte, und die neueren diese Lehre einer wiederholten Untersuchung zu unterwerfen für der Mühe werth gehalten hätten. Diejenigen, welche es gethan haben, wie Lotz und Buff, sind mit vollem Grunde zu einem entgegengesetzten Resultat gekommen. Ebenso würde die Praxis, wenn sie sich nicht an die von der Doctrin so allgemein angenommene Auslegung der Gesetze halten zu müssen geglaubt hätte, sicher nicht auf einen Satz gekommen sein, welcher weder in unserer Gesetzgebung, noch in der heutigen Gerichtsverfassung und im Processe irgend eine Wurzel hat.

B. Fragen, welche mit den neuen Gerichtsorganisationen zusammenhängen.

I. Ueber Einzelrichter[139]). Zu den schwierigsten und folgenreichsten Anordnungen einer bürgerlichen Gerichtsverfassung gehört die Bildung der Gerichte der untersten Instanz, sowie die Bestimmung ihrer Zuständigkeit und des Geschäftsorganismus. Eine hochwichtige Frage der Zeit ist, ob in die unterste Instanz das Princip der Collegialität übertragen, oder ob die in Teutschland seit Jahrhunderten bestehende Einrichtung der Einzelrichter beibehalten und welcher Umfang ihrer Zuständigkeit angewiesen werden soll. Die Mehrzahl der Juristen hat sich gegen das Institut der Einzelrichter, wenigstens für eine möglichst beschränkte Ausnahmsgerichtsbarkeit derselben ausgesprochen, solches als mit dem Geiste der Zeit, mit den Anforderungen, welche man jetzt an die Gediegenheit und Würde der Rechtspflege macht, für unvereinbar erklärt. Von anderer Seite, namentlich von den Praktikern, werden dagegen viele Bedenken gegen die Collegialjustiz in der untersten Instanz geäußert, wegen der damit verbundenen bedeutenden Kosten, Beschwerden

139) Vgl. Gerau im Archiv f. civil. Praxis Bd. 32, S. 215 flg.

Digitized by Google

und wegen der längeren Dauer des Verfahrens. Obwohl die Collegialentscheidung der Rechtsprechung durch Einzelrichter der Theorie nach vorzuziehen ist, so sprechen doch sehr erhebliche Gründe der Staatsökonomie und des Volksbedürfnisses für diese Einrichtung in der untersten Instanz, zwar nicht mit unbeschränkter, aber auch nicht zu beschränkter Competenz, unter der Voraussetzung, daß die Gesetzgebung in der organischen Bildung und in den Anordnungen über Geschäftsbehandlung derselben die gehörige Rücksicht auf Erreichung und Sicherung gediegener Rechtsverwaltung nimmt. Beleuchtet man die gegen das Institut der Einzelrichter geltend gemachten Hauptgründe, so verliert die häufige Bemerkung, Einzelrichter paßten nicht für freie auf höherer Stufe der Kultur und des Rechtsbedürfnisses stehende Völker, vorausgesetzt, daß der Wirksamkeit der Einzelrichter angemessene Grenzen gezogen und die erforderlichen Garantieen für gesetzmäßige Thätigkeit beigesellt werden, ihre wesentliche Bedeutung in Staaten, in welchen freisinnige Verfassungen bestehen, die Gesetze vollständig und klar sind, die Staatsangehörigen auch in den untersten Klassen ihre verfassungsmäßigen Rechte, den gesetzlichen Gang der Rechtspflege kennen und geltend zu machen wissen, die Glaubwürdigkeit der Protocolle durch den Dienstglauben und die Mitunterschrift eines beeidigten selbstständigen Protocollführers verbürgt ist, wo das Recht der Beschwerdeführung selbst dem Niedrigsten und Aermsten ungeschmälert bleibt. Wo die Verfassung des Staates, die Gesetze und die Form des Verfahrens keine Garantieen, keinen Schutz gegen richterliche Willkür schaffen, da kann sie auch in Richtercollegien vorkommen. Wäre dieses Bedenken wirklich gegründet, so dürfte es durchaus keine Einzelrichter im Staate geben, da die Beschränkung der Zuständigkeit derselben dieses Bedenken weder beseitigen, noch in seiner Erheblichkeit vermindern kann. Despotische oder die persönliche Stellung der Staatsangehörigen verletzende, überhaupt schlechte Rechtsverwaltung ist in unbedeutenden Rechtssachen ebenso und nach ebenso entscheidenden Gründen verwerflich, wie in Rechtssachen höherer objectiver Bedeutung, da bei dieser Frage nur die persönliche Stellung des Bürgers gegenüber dem Richteramte, und der Charakter und Erfolg der Rechtsverwaltung im allgemeinen zur Sprache kommt. Die Collegialität in Frankreich in der unteren Instanz ist sehr mangelhaft. Die Friedensrichter haben nur eine Ausnahmsgerichtsbarkeit, sie entscheiden in allen Besitzstreitigkeiten ohne Rücksicht auf Werth des Gegenstandes, in allen rein persönlichen und in allen Mobiliarklagen bis zum Werthe von 200 Franken mit Appellation, und bis zur Summe von 100 Franken ohne Appellation an das Bezirksgericht, ohne daß im letzteren Falle nur ein Protocoll aufgenommen wird, sowie in einigen weiteren bestimmt bezeichneten persönlichen Klagsachen ohne Beschränkung auf eine Werthssumme. Die Bezirksgerichte als mit ordentlicher Gerichtsbarkeit versehene Gerichte erster Instanz sollen mindestens mit drei Richtern besetzt sein, mit Einschluß des Präsidenten und

Digitized by Google

zweiten Untersuchungsrichters. Auch bei stärkerer Besetzung werden die Urtheile stets nur von drei Richtern gefällt. Da der Untersuchungsrichter, vermöge seiner Beschäftigung, im Civilrechte nach und nach fremd werden muß, in Frankreich bei den mäßigen Gehalten der Richter die Richterstellen bei den Bezirksgerichten regelmäßig nur mit geringer befähigten Personen besetzt sind, so läßt sich einer solchen collegialischen Justiz keine große Bedeutung beilegen. Wenn auch diesen Gerichten noch der Staatsprocurator zur Seite steht, so ist doch seine Stimme keine entscheidende; er läßt sich nicht in allen Sachen vernehmen und er hat sich überdies in Bezug auf dasjenige nicht zu äußern, was der Beurtheilung des thatsächlichen Theiles der Verhandlung, namentlich der Beweisführung angehört, überhaupt nicht für Parteieninteresse thätig zu sein. Diese Gerichte entscheiden in erster und letzter Instanz bis zum Betrage von 1500 Franken Werth des Streitgegenstandes. Als weiterer Grund wird von den Gegnern des Instituts der Einzelrichter angeführt, daß gerade denjenigen Staatseinrichtungen, welche dem Volke am nächsten ständen, welche deshalb den unmittelbarsten und umfassendsten Einfluß auf das Wohl und Wehe des Volkes äußerten, die höchste Vollkommenheit gegeben werden müsse. Dieser Grund ist in der Bedeutung und Folge, welche man ihm hier geben will, unrichtig angewendet und widerstreitet der Erfahrung wie dem Organismus aller Staaten. Obwohl in den unteren Kreisen der Staatsverwaltung die größte Masse von Geschäften zu bewältigen ist, so drängen sich doch die objectiv wichtigsten, sowie in der Auffassung und Beurtheilung schwierigsten Sachen in dem oberen Kreise des Staates, namentlich auch der Rechtsverwaltung, zusammen. In der untersten Instanz bedarf es wohl einer größeren Mehrheit von Arbeitskraft, größeren Gewandtheit und Fähigkeit zu rascher Auffassung und Beurtheilung, größerer Selbstständigkeit, achtungswerther Persönlichkeit des Richters und eines hohen Grades von Vertrauen, nicht aber der hohen wissenschaftlichen Einsicht und Gründlichkeit der Behandlung jeder einzelnen Sache, wie bei den höheren Gerichten. Darum entspricht den Zwecken der Rechtsverwaltung gewiß am meisten eine solche Einrichtung der Untergerichte, welche die im Rechtsleben des Volkes vorkommenden wichtigeren, sowie dem gewöhnlichen Rechtsverkehr entrückten Sachen zwar in erster Instanz den Collegialgerichten überweist, dagegen die weniger bedeutenden, dem gewöhnlichen Rechtsverkehr angehörenden, sowie die in der Auffassung und Beurtheilung leichteren Sachen der Behandlung und Entscheidung der Einzelrichter im einfachen weniger kostspieligen Verfahren überläßt, dabei jedoch für letztere eine nochmalige vielseitigere und gründlichere Behandlung und Beurtheilung in höherer Instanz im Falle eines Mißgriffes ohne große Schwierigkeiten offen läßt. Die Vollkommenheit jeder Anordnung, mithin auch der Bildung der Gerichte unterster Instanz, besteht gerade darin, daß sie eine ihrem wesentlichen Zwecke und Bedürfnisse der Mehrzahl der Fälle nach entsprechende ist; dem

Digitized by Google

Zwecke der Rechtsverwaltung in unterſter Inſtanz entſprechen aber Einzelrichter bis zu einer gewiſſen Linie am meiſten. Collegialiſche Berathung und Geſchäftsverwaltung fördert Aufklärung und Berichtigung der Anſichten des einzelnen Beamten über ſeine Stellung und Befugniſſe, ſie hebt Wahrheit und Recht reiner hervor, ſichert mehr vor Irrthum, Einſeitigkeit und Willkür, erhöht das Anſehen und Vertrauen der Geſchäftsverwaltung. Dieſer unverkennbare Vorzug der collegialen Geſchäftsbehandlung iſt jedoch nicht von abſoluter Geltung; ja eine zu weit ausgedehnte Collegialität würde anderen weſentlicheren, für die Erreichung der Zwecke der Rechtspflege zu nehmenden entſcheidenderen Rückſichten widerſtreben und in mehrfacher Hinſicht verwerflich ſein. Bei Einzelrichtern ſind auch bei den umfaſſendſten Geſetzen Mißgriffe und Mißbräuche mehr zu beſorgen, als bei Collegialgerichten, weil bei den Einzelrichtern die mehrſeitige gründliche Beurtheilung nicht ſtattfindet, wie bei Collegien; weil der Einzelrichter in der Geſetzmäßigkeit ſeiner Beſchlüſſe nicht von anderen Gliedern des Gerichtes und deren Willen bewacht, das Unvollkommene ſeiner Anſicht und ſeines Wiſſens nicht von Anderen ergänzt wird und weil der Einzelrichter gewöhnlich übermäßig mit Geſchäften belaſtet iſt. Die Rechtſprechung durch Richtercollegien wird daher in der Regel materiell gediegener ſein und in höherem Anſehen und Vertrauen ſtehen. Deshalb iſt auch das Inſtitut der Einzelrichter nur inſoweit in Schutz zu nehmen, als ſolches dem Volke nach ökonomiſchen Rückſichten Bedürfniß iſt, indem ſich an die Rechtsverwaltung durch Einzelrichter hoch anzuſchlagende Vortheile in Bezug auf bequeme, ſchnelle und wohlfeile Rechtspflege knüpfen, welche einem Jeden, welcher mit dem Rechtsleben des Volkes vertraut iſt, dieſe Einrichtung als eine tief in dem Volksbedürfniß und Rechtsleben wurzelnde und unentbehrliche erſcheinen laſſen. Auch die von einzelnen Juriſten gegen das Inſtitut der Einzelrichter geltend gemachte Unvereinbarkeit deſſelben mit der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege iſt unbegründet. Die Friedensrichter in Frankreich ſind Einzelrichter; das Verfahren vor ihnen iſt öffentlich, da den Parteien und Jedem aus dem Volke der Zutritt zu den Verhandlungen geſtattet wird, worin eben die Oeffentlichkeit beſteht. Für Begriff, Bedeutung und Zweck der Gerichtsöffentlichkeit iſt es aber gleichgiltig, ob das Gericht von einer oder von mehreren Perſonen repräſentirt wird. Auch der mündliche Vortrag iſt bei Einzelrichtern eben ſo ausführbar, wie bei Collegialgerichten. Kurze protocollariſche Aufzeichnung des durch mündlichen Vortrag dargelegten thatſächlichen Parteivorbringens oder kurzer auf das Thatſächliche beſchränkter, der mündlichen Verhandlung vorangehender ſchriftlicher Vortrag verändert das Weſen und die Bedeutung des mündlichen Vortrages nicht. Freilich hat der mündliche Vortrag bei Collegialgerichten nicht die hohe Bedeutung für die vollkommene Auffaſſung des Vorgetragenen, wie bei Einzelrichtern, aber nur deshalb, weil der Einzelrichter alles ſchriftlich wie mündlich Vorgetragene ſelbſt

lieſt und hört, was bei Collegien nicht der Fall iſt; allein dieſe in der verſchiedenen Bildung der Gerichte beruhende Folge ändert in dem Charakter, Weſen und Zwecke der Mündlichkeit im Weſentlichen nichts, verleiht nur bei Collegialgerichten der Mündlichkeit, dem Mittel zum Zwecke, einen höheren Werth. Ueberhaupt iſt die Mündlichkeit den Zwecken der Rechtsverwaltung untergeordnet; ſie bildet nur inſoweit eine empfehlenswerthe Grundform, als ſie die Zwecke der Rechtspflege fördert. Die protocollariſche Aufzeichnung des thatſächlichen Parteivorbringens hat gleichen Zweck und Bedeutung bei Einzelgerichten, wie bei Richtercollegien; ſie ſteht im Grunde und Zwecke der Einreichung von Schriften gleich, ſobald die Geſetzgebung den eingereichten Schriften die Wirkung einer feſtſtehenden Grundlage für die nachfolgende mündliche Verhandlung und Entſcheidung beilegt. Verordnet die Geſetzgebung die Beglaubigung der Protocolle durch Richter und Actuar, und geſtattet ſie den Parteien die beliebige Zuziehung von Beiſtänden oder Zeugen zu jeder Verhandlung, ſo iſt damit hinreichende Bürgſchaft für die Glaubwürdigkeit der Protocolle gegeben. Die dem mündlichen Vortrage nachfolgende Aufzeichnung des Vorgebrachten in einem vom Gericht zu führenden Protocoll iſt der Mündlichkeit nicht zuwider, verändert das mündliche Verfahren nach Weſen und Zweck nicht zum ſchriftlichen. Die Aufnahme des thatſächlichen Parteivorbringens in die Entſcheidungsgründe iſt ungenügend, unglaubwürdig, bietet einen ſehr unvollkommenen Erſatz der protocollariſchen Aufzeichnung und verurſacht gleiche Mühe und Schreiberei. Die eigentliche Bedeutung, der weſentliche Zweck der Mündlichkeit beſteht in der unmittelbaren reinen Vernehmung und Auffaſſung des Vorbringens und der Rechtsvertheidigung der Parteien und Zeugen aus dem Munde derſelben von Seiten des entſcheidenden Richters, ſowie in der Abkürzung des Verfahrens und der Verminderung der Actenſchreiberei. Dieſer Zweck, die wahre Bedeutung und Natur des mündlichen Vortrages wird durch vorangehende oder nachfolgende kurze ſchriftliche Aufzeichnung des Vorzutragenden, bezüglich Vorgetragenen im thatſächlichen Theile nicht geſtört oder verrückt, ſondern gefördert und geſichert, ſofern nur den Parteien der mündliche Vortrag allenthalben geſtattet iſt, wodurch die Wahrhaftigkeit des Aufgezeichneten verbürgt und deſſen Vervollkommnung geſichert wird. Nur Rückſichten der Zweckmäßigkeit entſcheiden hier über Zulaſſung, Umfang und Erfolg der ſchriftlichen Aufzeichnung. Eine unterſte Inſtanz bei Einzelrichtern mit mündlich protocollariſcher Proceßführung ohne den Beiſtand von Anwälten iſt eine in Teutſchland ſeit langer Zeit beſtehende, aus dem Bedürfniß des Volkes hervorgegangene und, in der gehörigen Grenze gehalten, dem Rechtsleben des Volkes recht eigentlich angepaßte Einrichtung. Nach der Erfahrung wird eine große Zahl von Rechtsſachen von einem mit den erforderlichen Kenntniſſen und Erfahrungen ausgerüſteten, das Vertrauen ſeiner Gerichtsuntergebenen genießenden Einzelrichter raſch und mit geringen

Opfern an Kosten und Zeit erledigt; einem großen Theile der Staatsangehörigen ist das Aufbringen der Kosten zur Durchführung eines Processes unter dem Beistande von Anwälten ohne schwere Beeinträchtigung, ja sogar Ruin ihrer ökonomischen Verhältnisse nicht möglich; ein durch Anwälte betriebener Proceß bringt mit seinem für den Verlierenden bedeutenden Kostenaufwande oft Verderben in die Familien; das Rechtsuchen an entfernten Orten ist mit unverhältnißmäßigem Aufwand an Zeit, Kräften und Kosten verbunden. Wer alles dieses erwägt, der wird das Institut der Einzelrichter in der richtigen Grenze der Zuständigkeit nach staatsökonomischen Gründen als unentbehrlich erkennen und an der Ueberzeugung festhalten, daß die Gerichtsverfassung dem Leben, dem Bedürfniß des Verkehrs und den ökonomischen Verhältnissen der Staatsangehörigen vor allem angepaßt sein muß und nicht blos theoretischen Ansichten huldigen soll. Die größere Mehrzahl der Rechtsstreitigkeiten betrifft nicht Gegenstände von einem großen Werthe; da, wo in objectiv wichtigeren Sachen richterliche Hilfe gesucht wird, sind nicht immer schwierige Rechtsfragen zu entscheiden; eine große Anzahl von Processen hat ihren Grund in dem Unverstande oder in der Zahlungsunvermögenheit des Volkes. Eine Gerichtsverfassung, welche die in Rechtshändel verwickelten, der wenig bemittelten Klasse der Landbewohner angehörigen Personen nöthigte, in unbedeutenden Rechtssachen an einem entfernten Gerichtshofe durch Anwälte ihren Proceß zu führen und dabei neben bedeutender Zeitversäumniß einen solchen Theil ihres Vermögens zu wagen, daß das Unterliegen im Processe regelmäßig den Ruin ihrer ökonomischen Verhältnisse herbeiführt, kann dem Bedürfniß des Volkes und der Staatsklugheit nicht entsprechen, ist vielmehr verwerflich. Solche Einrichtungen würden, wenn die Gesetzgebung nicht die öffentlichen Anwälte verpflichtete, den größeren Theil ihrer Zeit und Thätigkeit den Sachen armer Parteien zu widmen, die Menschen nöthigen, eine Menge von Rechtsverletzungen mit Verzicht auf Rechtshilfe zu dulden. Eine zu große Ausdehnung der Collegialjustiz in unterster Instanz würde die Rechtshilfe der größeren Mehrheit der Staatsangehörigen verkümmern und somit den Zwecken der Rechtsverwaltung widerstreben. Wenn auch die Proceßordnung für viele Gattungen von Rechtssachen bei den Gerichtshöfen ein summarisches mündliches Verfahren mit Abscheidung des schriftlichen Vorverfahrens bestimmt, wodurch die Kosten vermindert werden können, so kann dies im Ganzen von keinem bedeutenden Erfolge in dieser Beziehung sein, weil dadurch im günstigsten Falle Erklärung und Gegenerklärung, in der Regel aber nur die Gegenerklärung gespart werden kann, dagegen die Verhandlungen in der Sitzung an Ausdehnung gewinnen und öfter wiederholte Sitzungen anberaumt werden müssen, weil die Parteien über das gegenseitige thatsächliche Vorbringen nicht immer sofort bestimmte und erschöpfende Erklärungen weder abgeben können noch wollen, und weil dann statt der zu wechselnden Schriften, schriftliche Anlagen zum

Digitized by Google

Protocoll oder protocollariſche Aufzeichnung der thatſächlichen Anführungen in der Sitzung erfolgen müſſen, ſofern die Geſetzgebung an dem Erforderniß einer kurzen auf das Thatſächliche und den Antrag beſchränkten ſchriftlichen Grundlage feſthält. Allerdings hat die Rechtſprechung durch Einzelrichter ihre Schattenſeiten, und die Collegialjuſtiz behauptet in Bezug auf Gediegenheit und Würde der Rechtsverwaltung den Vorzug; insbeſondre wird manche Partei durch Unvollkommenheit ihrer Rechtsvertheidigung in dem Verfahren vor den Einzelrichtern benachtheiligt. Die gediegenſte Rechtſprechung verliert aber ihren Werth, wenn ſie Vielen unerreichbar iſt; eine Gerichtsverfaſſung, welche wegen der Koſtſpieligkeit und Verwickelung ihres Organismus Vielen das Rechtſuchen verkümmert, den Unvermögenden dem Wohlhabenden gegenüber in nachtheilige Lage verſetzt, iſt jedenfalls verwerflich. Auch das Rechtſuchen bei Collegialgerichten hat eigenthümliche Schattenſeiten, nicht allein in der größeren Koſtſpieligkeit, ſondern auch in der längeren Dauer der Verhandlungen und der größeren Verwickelung durch die Anwälte. So wohlthätig der Einfluß eines ehrenhaften tüchtigen Anwaltes auf die Proceßführung iſt, ſo verderblich iſt auch die Einwirkung des weniger befähigten, weniger ehrenhaften oder eigennützigen Anwaltes. Nicht ſelten nehmen durch Schuld der Anwälte Proceſſe einen ſchlechten Ausgang. Deshalb erkennen die meiſten Geſetzgebungen und ebenſo die Rechtsverſtändigen die Nothwendigkeit der Einrichtung von Einzelrichtern in unterſter Inſtanz; aber über die Grenze der Zuſtändigkeit herrſcht große Verſchiedenheit der Anſichten. Die Beſtimmung der Grenze der Zuſtändigkeit iſt für die Geſetzgebung eine ernſte und ſchwierige Aufgabe. Die zu Gunſten der Rechtſprechung durch Einzelrichter ſprechenden Gründe beruhen allein in der kürzeren Dauer, größeren Einfachheit und Wohlfeilheit des Verfahrens; ſie ſind darum nur bis zu einer gewiſſen Grenze wirkſam, nämlich ſo weit, als erfahrungsgemäß mündliches protocollariſches Verfahren ohne Mitwirkung der Anwälte gewöhnlich ſtattfindet und die Rechtsſtreite regelmäßig ihre endliche Entſcheidung in unterſter Inſtanz durch den Einzelrichter finden. Dieſe Grenze läßt ſich nicht mit Gewißheit beſtimmen, weil zwei Geſichtspunkte hierauf von entſcheidendem Einfluß ſind, nämlich objective Wichtigkeit und Schwierigkeit der rechtlichen Beurtheilung, die erſtere wieder relativ mit Hinblick auf die Vermögensverhältniſſe der Perſonen, die letztere nicht an den höheren objectiven Werth der Sachen geknüpft und bei Einleitung der Sache im voraus ſelten mit Beſtimmtheit für den Richter zu erkennen iſt, ſowie überhaupt die Grenze der Zuſtändigkeit durch das Geſetz beſtimmt werden muß. Dennoch läßt ſich aber mit Wahrſcheinlichkeit annehmen, daß Rechtsſtreitigkeiten einer gewiſſen objectiven Größe für die Mehrheit von Menſchen von ſolcher Bedeutung ſind, daß ſie dadurch ſich beſtimmen laſſen werden, ſich des Beiſtandes eines Anwaltes zu bedienen und ebenſo, daß unter einer gewiſſen Werthſumme des Streitgegenſtandes die Mehrheit der Menſchen in dem Auf-

wande der Kosten der Vertretung durch öffentliche Anwälte, sowie der zweiter Instanz, ein Mißverhältniß zu dem Werthe des Streites, zwischen den Mitteln und dem Zwecke erkennen, bei solchen darum den Kostenpunkt, abgesehen von der Schwierigkeit der Beurtheilung, vorzugsweise berücksichtigen wird. In dieser Betrachtung beruht der Rechtfertigungsgrund der Bestimmung der Grenze der Zuständigkeit der Einzelrichter nach einer gewissen Größe des Streitgegenstandes. Die Erfahrung über die Zahl der durch Appellation an die Collegialgerichte gebrachten Erkenntnisse der Einzelrichter gewährt einen Anhaltpunkt für die Annahme eines Verhältnisses der mehreren Schwierigkeit oder Einfachheit der einzelnen Rechtsstreite mit Rücksicht auf die Leistungen der Richter. Es ist hier nicht der Ort zu Vorschlägen zur zweckmäßigen Regulirung der Competenz der Einzelrichter[140]). Eine interessante fortlaufende Uebersicht und Kritik der neuesten Gesetzgebungsarbeiten, welche sich auf die Umgestaltung der teutschen Gerichtsverfassung beziehen, liefert Mittermaier[141]).

II. Ist der Civilrichter an den Ausspruch des Criminalrichters gebunden und umgekehrt? Ueber die Beantwortung dieser schon in einem früheren Artikel[142]) berührten Frage herrscht große Verschiedenheit der Ansichten. Während ein Theil der Juristen annimmt, daß der Civilrichter auf den Grund eines gegen den Beschuldigten ergangenen Straferkenntnisses denselben auch zum Schadensatze im Civilverfahren verurtheilen könne[143]), wenigstens factisch dazu genöthigt sei[144]), sprechen Andere dem Criminalurtheil allen Einfluß auf die Civilsache ab[145]), und wieder Andere wollen je nach den im Criminalverfahren gebrauchten Beweismitteln das Ergebniß einzelner derselben auch im Civilverfahren gelten lassen[146]). Die Praxis ist dadurch sehr schwankend geworden, namentlich seitdem nun noch in

---

140) Zweckmäßige Vorschläge darüber macht Gerau a. a. O. S. 233 flg.

141) Im Archiv für civil. Praxis Bd. 32, S. 246 flg., 267 flg., 401 flg. 434 flg. Bd. 33, S. 119 flg., 267 flg. Bd. 34, S. 120 flg. Bd. 35, S. 112 flg., 465 flg. Bd. 37, S. 126 flg., 270 flg. Bd. 38, S. 269 flg., 431 flg. Bd. 39, S. 378 flg. Bd. 40, S. 88 flg., 230 flg., 428 flg. Bd. 41, S. 65 flg., 214 flg., 419 flg. Bd. 42, S. 288 flg., 342 flg. Bd. 43, S. 124 flg., 384 flg.

142) Vgl. den Artikel Proceß Bd. VIII, S. 648 flg.

143) Stübel, Criminalverfahren Bd. 3, S. 127. Kleinschrod im N. Archiv des Criminalr. Bd. 2, S. 275. Henke, Handb. des Criminalr. Bd. 4, S. 220.

144) Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrechte S. 524, 526.

145) Spangenberg im N. Archiv des Criminalrechtes Bd. 11, S. 53. Schwarze ebd. 1832 S. 343, 344 vgl. mit S. 368.

146) Biener, Syst. proc. iudic. §. 3. obs. 2. 3. Müller, Criminalproceß §. 246. Leist, de praeiudiciis in concursu causarum criminalis et civilis evenientibus p. 52. Meier, de civilis et criminalis causae praeiudicio §. 56 sq. p. 107. Mittermaier, das teutsche Strafverfahren §. 10. Heffter, Civilproceßrecht §. 129.

Digitized by Google

neueſter Zeit durch Einführung der Schwurgerichte ſo große Veränderungen im Strafverfahren eingetreten ſind. Es iſt nicht unſere Abſicht, dieſe in neueſter Zeit ſo vielfach behandelte Frage[147]) nochmals hier zu erörtern. Wir werfen nur einen Blick auf die Art und Weiſe, wie dieſe Frage in den neuen Geſetzgebungen entſchieden worden iſt. Zuvörderſt kommt hier das franzöſiſche Recht in Betracht. Der Code d'instruction criminelle Art. 3 beſtimmt: „L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges, que l'action publique. — Elle peut aussi l'être séparément; dans ce cas, l'exercice en est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé definitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile." Hiernach kann die Civilklage zu derſelben Zeit und vor denſelben Richtern geltend gemacht werden, vor welchen die Criminalſache anhängig iſt. Sie kann aber auch beſonders geltend gemacht werden; in dieſem Falle iſt jedoch die Verfolgung des Civilanſpruches ſuſpendirt, ſo lange nicht über die vor oder während der Geltendmachung der Civilklage anhängig gemachte Criminalſache definitiv erkannt iſt. Bei dem Mangel ſonſtiger Beſtimmungen iſt in der franzöſiſchen Jurisprudenz großer Streit über die vorliegende Frage entſtanden[148]). Jedoch haben ſich die meiſten und angeſehenſten Juriſten, ſowie die Praxis dafür entſchieden, daß allerdings der Civilrichter an das Straferkenntniß gebunden ſei[149]). Man hatte hierbei nur eine leicht zu Ausſtellungen veranlaſſende Deduction gewählt, indem man dem Strafurtheil eine Rechtskraft vindicirte. Der öffentliche Ankläger ſollte als Mandatar der ganzen bürgerlichen Geſellſchaft daſtehen, der Beſchädigte ſei daher durch den Staatsanwalt vertreten, das Straferkenntniß ſei alſo unter den nämlichen Perſonen gefällt, welche im Civilproceſſe einander gegenüber

147) Vgl. Schäffer, iſt der Civilrichter an den Ausſpruch des Criminalrichters gebunden, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 27, Nr. 1. Zimmermann, über dieſelbe Frage, in der Zeitſchr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 11, S. 55 flg. Bd. 12, S. 217 flg. Schwarze, über dieſelbe Frage, in der Zeitſchrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächſt für das Königr. Sachſen N. F. Bd. 10, S. 218 flg. Schäffer, über den Einfluß des Criminalurtheiles auf den Civilpunkt, im Archiv Bd. 37, S. 1 flg. Simon, von der Wirkung des Criminalerkenntniſſes auf die Entſcheidung des Civilpunktes, ebd. Bd. 39, S. 247 flg. Buſch, der Zwieſpalt der teutſchen Geſetzgebungen in Bezug auf den Beweis in Civil- und Criminalſachen und die daraus entſtehenden Nachtheile, im Archiv Bd. 37, S. 63 flg. Krämel, über die Uebelſtände, welche aus der verſchiedenen Beweislehre für Civilſachen und Strafſachen entſpringen, ebd. Bd. 38, S. 1 flg. Buſch, wie laſſen ſich die Uebelſtände beſeitigen, die aus der Verſchiedenheit des Verfahrens in Civil- und Strafſachen entſpringen? ebd. Bd. 39, S. 86 flg.

148) Merkel im Gerichtsſaal 1852 S. 499 flg., 509. 1853 S. 135 flg.

149) Merlin, Repertoire du droit Vol. XV. p. 490. Chose-jugée §. 15.: „Le jugement du tribunal criminel forme pour la partie civile sur l'existence du délit comme sur la culpabilité de son auteur une preuve, qu'aucune autorité ne peut plus atténuer ni méconnaitre et de laquelle le tribunal civil doit partir comme d'une base invariable pour déterminer les dommages — interêts, qui sont dûs." — Merkel im Gerichtsſaal 1852 S. 528.

Digitized by Google

ständen, und die Entscheidung selbst habe eine und dieselbe Thatsache zum Gegenstande. Diese Argumentation war nicht richtig, da man den Staat, die moralische Person, unmöglich mit dem einzelnen bestimmten Staatsbürger, dem Beschädigten, identificiren durfte, und die Rechtsfrage, ob der Staat sein Strafrecht ausüben könne, nicht mit der Frage, ob und welche Entschädigung einer Privatperson zu leisten sei, verwechselt werden könnte. Wäre die Civilsache aber unabhängig von der Criminalsache und deren definitivem Ausgange, dann würde sich nicht auf genügende Weise erklären lassen, warum mit der Civilsache bis zur definitiven Entscheidung der Strafsache gewartet werden solle. Im Art. 327 des Code civil ist umgekehrt die Sistirung der Criminalsache bis zur definitiven Entscheidung der Civilsache in einem besonderen Falle bei der Frage nach dem status verordnet, und im Art. 326 dafür der Grund angegeben, weil die Civilgerichte zur Entscheidung dieser Frage allein zuständig seien; ein sicherer Beweis, daß auch für die Suspension der Civilsache bis zur Entscheidung der Criminalsache im Art. 3 des Code d'instruction criminelle derselbe, vor dem Gesetzgeber hier nur nicht ausgesprochene Grund eintritt. Ueberdies ist die Civilklage im französischen Rechte consequent mit der Criminalklage auch in Bezug auf die Verjährung auf ganz gleiche Linie gestellt (Art. 2 dai.) und dies giebt noch einen äußeren Grund für die Ansicht ab, daß allerdings der Civilrichter an den Ausspruch des Criminalrichters gebunden sei. Le criminel emporte le civil. Mit der Einführung des französischen Strafprocesses mit Schwurgerichten für die wichtigeren Strafsälle in den meisten teutschen Staaten mußte eigentlich auch der im französischen Rechte geltende Satz: Le criminel emporte le civil, mit übergehen, und wir finden denselben in den neueren teutschen Strafproceßordnungen mehr oder weniger bestimmt angenommen. 1) In der Strafproceßordnung für Hannover vom 8. November 1850 Abschn. V. §. 46 heißt es: „Wird durch rechtskräftiges Strafurtheil der Beschuldigte einer Handlung (Unterlassung) schuldig erkannt, so gilt das Dasein dieser Handlung auch für das abgesonderte Civilverfahren, bis zum Gegenbeweise, als erwiesen. Das etwaige Erkenntniß des Strafrichters über die Strafrechtswidrigkeit und deren Folgen bindet jedoch den Civilrichter nicht hinsichtlich seines Urtheils über die in der Handlung liegende Privatrechtsverletzung und deren Folgen." 2) In der Strafproceßordnung für Oesterreich vom 29. Juli 1853, Hauptstück XVI. §. 352—364 ist im §. 363 der Satz ausgesprochen, daß das von dem Strafgerichte erlassene verurtheilende vollzugreife Erkenntniß in Beziehung auf die von Amtswegen darin aufzunehmende Entscheidung über die privatrechtlichen Ansprüche die Wirkung habe, daß die Execution desselben unmittelbar bei dem Civilrichter gesucht werden könne. Das Erkenntniß über die privatrechtlichen Folgen einer strafbaren Handlung ist dem Strafrichter allein zugewiesen (§. 361) und nur, wenn der Betrag der Schadloshaltung oder Genugthuung, oder die Person,

welcher dieselbe gebührt, aus der Untersuchung und Verhandlung mit Zuverlässigkeit nicht entnommen werden kann (§. 359, 362), oder wenn der Beschädigte eine größere oder andere Entschädigung verlangen zu können glaubt, als ihm durch das Strafurtheil zuerkannt worden ist, hat der Civilrichter zu entscheiden. 3) In dem Strafgesetzbuche für das Königreich Bayern Th. II. Art. 7. Abs. 2 war ausgesprochen, daß sich bei einer anhängigen Untersuchungssache zugleich die Untersuchung und Entscheidung auf die aus der Uebertretung entstandenen privatrechtlichen Forderungen wegen Wiedererstattung, Schadensersatzes oder Genugthuung richte, sofern der Betheiligte, als wozu der Untersuchungsrichter von Amtswegen verbunden sei, hierüber vernommen und solches Erkenntniß von demselben verlangt worden sei. Wenn nun im Art. 8 und 9 der Einfluß, welchen ein civilgerichtliches Erkenntniß über eine Vorfrage auf die Strafsache, und umgekehrt ein Straferkenntniß auf die Civilsache haben soll, bestimmt und hierbei allerdings auf die vorliegenden Voraussetzungen der Beweise in dem Untersuchungs-, beziehungsweise Civilverfahren verwiesen wird, so ist klar, daß der Art. 8 und 9 den bereits im Art. 7 behandelten Fall der privatrechtlichen Entschädigung, welche aus einem Verbrechen folgt, nicht mehr berührt. Das Oberappellationsgericht zu München nimmt an, daß nun nach Aufhebung des Art. 8 durch das Gesetz vom 10. November 1848 Art. 368 der Civilrichter (auch wegen der privatrechtlichen Folgen der Verbrechen) nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sei, zu erwägen, ob durch die im Untersuchungsprocesse erhobenen Beweismittel diejenige rechtliche Ueberzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Thatsache hergestellt werde, welche der Civilrichter durch den Nachweis des Daseins der unverändert gebliebenen Erfordernisse der Gerichtsordnung über die civilrechtliche Beweisführung zu rechtfertigen habe [150]). Diese Annahme läßt sich mit dem stehen gebliebenen Art. 7, welcher allein hierher gehört, wohl leicht vereinigen [151]). Dieser Art. 7 ist nicht aufgehoben, sondern nur im Art. 205 des Gesetzes vom 10. November 1848 ausgesprochen, der Entschädigungsanspruch des Beschädigten werde der Entscheidung des zuständigen Civilgerichtes vorbehalten. Es bleibt daher der Satz an sich stehen, daß die Entscheidung über die Entschädigungsfrage nach wie vor als ein Anhang des Straferkenntnisses erscheint und keineswegs verschiedene Entscheidungen herbeigeführt werden dürfen, was gerade der Art. 7 zu verhüten suchte. 4) In der Strafproceßordnung für Württemberg vom 22. Juni 1843 Art. 8 sind ähnliche Bestimmungen, wie in dem bayerischen Gesetze enthalten. Das verurtheilende Straferkenntniß soll sich zugleich über Dasein und Größe

---

150) Seuffert, Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte Teutschlands Bd. 6, S. 387, 388, unter Bezugnahme auf Blätter für Rechtsanwendung in Bayern Bd. 18, S. 183 flg.

151) Vgl. Zimmermann in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 12, S. 230 flg.

Digitized by Google

der privatrechtlichen Ansprüche des Beschädigten oder doch über ersteres aussprechen. — Sollte letzteres, ungeachtet der Verurtheilung des Angeklagten in der Hauptsache, in dem Strafverfahren nicht geschehen sein, so wird der Civilrichter jedenfalls die in dem Strafprocesse festgestellten Thatsachen als solche anzunehmen und nur darüber zu erkennen haben, ob daraus der Privatanspruch folgt. 5) Das badische Gesetz vom 6. März 1845 über die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen §. 18 spricht aus, daß, wenn gegen den Angeschuldigten im Strafverfahren ein verurtheilendes Erkenntniß ergangen ist, auch zu Gunsten des erst später mit einer bürgerlichen Klage aufgetretenen Beschädigten als bewiesen gelten solle, daß der Beklagte die That, deren ihn das Erkenntniß für schuldig erklärt, verübt habe. 6) Im Großherzogthum Hessen ist durch das Gesetz, die Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr und die Vergütung der Brandschäden betreffend vom 6. Juni 1853 Art. 19 das Princip, daß das Straferkenntniß auch für das Bestehen des Civilanspruches maaßgebend sei, anerkannt, indem es dort heißt: „Der Brandbeschädigte hat keine Entschädigung in Anspruch zu nehmen, wenn er das Entstehen des Feuers vorsätzlich, oder den beim Feuerlöschen entstandenen Schaden in gewinnsüchtiger oder anderer böser Absicht verursacht hat. Ist der Brandbeschädigte einer solchen widerrechtlichen Handlung durch strafrechtliches Urtheil für schuldig erkannt worden, so bewirkt diese Entscheidung, ohne besonderes civilrechtliches Verfahren, sofort auch den Verlust des Entschädigungsanspruches.“ Nach den landständischen Verhandlungen wollte man hiermit nicht ein besonderes Gesetz für das Verbrechen der Brandstiftung geben, sondern man erkannte das allgemeine Princip als eigentlich sich von selbst verstehend an; man fand darin nur in der Beziehung eine Neuerung, als in dem Assisengesetze vom 28. October 1848 Art. 317 der Adhäsionsproceß ausgeschlossen worden war[152]). 7) Im Herzogthum Nassau ist zwar durch das Gesetz vom 14. April 1849 der Art. 317 des großherz. hessischen Assisengesetzes vom 28. October 1848 aufgenommen, welcher so lautet: „Wer durch ein zur Competenz der Assisen gehörendes Verbrechen einen Schaden erlitten hat, kann seine Entschädigungsansprüche nicht in Verbindung mit dem strafgerichtlichen Verfahren, sondern nur in einer davon getrennten Verhandlung vor den zuständigen Civilgerichten geltend machen.“ Es folgt aber nun für Nassau der Zusatz: „Es hat jedoch jedes verurtheilende Straferkenntniß über die Verbindlichkeit des Verurtheilten zur Entschädigung des durch die Uebertretung des Strafgesetzes Verletzten, vorbehältlich der Liquidation des zu ersetzenden Betrages der Entschädigungssumme im civilgerichtlichen Verfahren, eine Entscheidung zu geben.“ Dieser Zusatz beweist deutlich, daß man nur die Frage über die Größe der Entschädigung dem Civilverfahren überließ, die Frage über die Verbindlichkeit zur Leistung des Schadenersatzes

152) Verhandlung der I. Kammer. Beilagen Bd. 2, Beil. 142, S. 15, 16.

Digitized by Google

aber mit der Frage über die Strafbarkeit der Handlung als zuſammenfallend, als einen nothwendigen Anhang des verurtheilenden Straferkenntniſſes betrachtete. 8) Nach der thüring. Strafproceßordnung Art. 88 darf ſich der Beſchädigte der Voruntersuchung anſchließen. Nach Art. 319 kann ein Privatbetheiligter, welcher ſich wegen privatrechtlicher Anſprüche dem Strafverfahren angeſchloſſen hat, und deſſen Anſprüche als unſtatthaft oder wegen ermangelnder Beſcheinigung ganz oder theilweiſe aberkannt worden ſind, nur dann appelliren, wenn von dem Angeklagten oder von dem Staatsanwalte in irgend einer, die privatrechtlichen Anſprüche vielleicht auch nicht berührenden Beziehung, appellirt worden iſt. Die Einwendung einer ſolchen Nebenappellation ſchließt jede weitere Betretung des Civilweges aus. Wendet der Privatbetheiligte keine Nebenappellation ein, ſo kann er gleichfalls auf dem Civilwege keine weiteren Anſprüche geltend machen, außer wenn er ſich binnen der für die Nebenappellation geltenden Nothfriſt dieſe Geltendmachung beſonders vorbehalten hat. Kann er in Ermangelung eines Hauptrechtsmittels nicht appelliren, ſo ſteht ihm frei, ungeachtet der in dem Strafverfahren vorliegenden Entſcheidung, ſeine Anſprüche noch auf dem Civilwege zu verfolgen. Die Erhebung einer Civilklage entzieht die Befugniß, auf die in dem Strafverfahren vorliegende Entſcheidung zurückzugehen, indem die letztere nunmehr als nicht ertheilt anzuſehen iſt. Auch die altenburg. Strafproceßordnung v. 27. Februar 1854 Art. 67 geſtattet dem Beſchädigten, wegen privatrechtlicher Anſprüche ſich der Voruntersuchung anzuſchließen. Art. 274 enthält für den Fall, daß die privatrechtlichen Anſprüche eines Privatbetheiligten in dem ſtrafrichterlichen Erkenntniſſe ganz oder theilweiſe als unſtatthaft aberkannt worden ſind, hinſichtlich der Befugniß deſſelben zur Appellation ganz dieſelben Beſtimmungen, wie die thüringiſche Strafproceßordnung; dagegen geſtattet ſie ihm, wenn ſeine Anſprüche nur wegen Mangels genügender Beſcheinigung zurückgewieſen worden ſind, in allen Fällen die Geltendmachung im Civilwege. 9) Die Strafproceßordnung für Braunſchweig §. 10 hat das gemeine Recht über den Adhäſionsproceß aufgenommen. 10) Nach dem kurheſſiſchen Geſetze v. 22. Juli 1851 §. 28 ſoll, nachdem früher im Geſetze v. 31. October 1848 §. 8 beſtimmt worden war, daß die Privatanſprüche auf Antrag des Verletzten von dem öffentlichen Ankläger verfolgt werden ſollten, über Privatanſprüche nur dann verhandelt und entſchieden werden, wenn die Anzeige einen darauf gerichteten Antrag enthält oder der Beſchädigte im Verhandlungstermine einen ſolchen Antrag ſtellt. 11) Die Strafproceßordnung für das Königreich Sachſen vom 30. Auguſt 1855 Abth. VII, Art. 434—454 enthält ausführliche Beſtimmungen über den Anſchluß des Beſchädigten an das Strafverfahren. Mit dem Straferkenntniſſe ſoll auf den Antrag des Beſchädigten die Verurtheilung des Angeklagten zur Erſatzleiſtung, insbeſondre zur Rückgabe entzogener Sachen, ſoweit die Erſatzpflicht als rechtliche Folge des Verbrechens erſcheint, wegen

Digitized by Google

deſſen er verurtheilt wird, dann verbunden werden, wenn aus den zum Zwecke der Unterſuchung nöthig gewordenen Erörterungen die Erſatzpflicht ſich mit genügender Beſtimmtheit ergiebt, und der Umfang der Leiſtung ohne förmliche Beweisführung und, ohne daß hierdurch die Unterſuchung aufgehalten wird, feſtgeſtellt werden kann (Art. 434). Der Beſchädigte hat in den vor dem Bezirksgerichte anhängigen Unterſuchungen den desfallſigen Antrag bei dem Unterſuchungsrichter bis zum Schluſſe der Vorunterſuchung, und im Falle unmittelbarer Vorladung noch vor der Vorladung zur Hauptverhandlung bei dem Bezirksgerichte anzubringen. Spätere Anträge ſind nur mit ausdrücklicher Zuſtimmung des Angeklagten zuläſſig (Art. 435). Mangeln die im Art. 434 beſtimmten Vorausſetzungen der Verurtheilung, oder werden gegen den Anſpruch oder zu deſſen Aufrechterhaltung von den Parteien erhebliche Thatſachen angeführt, deren Erörterung nicht zum Behufe der Entſcheidung in der Strafſache nöthig iſt, ſo hat das Gericht den Beſchädigten zur beſonderen Ausführung ſeiner Anſprüche im Civilproceſſe zu verweiſen. Iſt jedoch nur der Betrag des Schadens noch in Frage, ſo kann dem Beſchädigten auf deſſen Antrag die eidliche Beſtärkung des Betrages, nach deſſen vorgängiger Prüfung und Feſtſtellung durch das Strafgericht, in dem Strafurtheil nachgelaſſen und für den Fall der eidlichen Beſtärkung die Verurtheilung des Angeklagten auf Erſtattung dieſes Betrages gerichtet werden. Eine gänzliche oder theilweiſe Entbindung des Angeklagten von dem Anſpruche iſt nicht zuläſſig; eine theilweiſe Verurtheilung, verbunden mit theilweiſer Verweiſung auf den Civilweg, aber nur inſoweit ſtatthaft, als die einzelnen Erſatzanſprüche dergeſtalt unabhängig von einander ſind, daß ſie getrennt erörtert und entſchieden werden können. Insbeſondre kann das Strafgericht die Verurtheilung blos auf Rückgabe der entzogenen Sache richten und dagegen die Geltendmachung der weiteren Schäden auf den Civilweg verweiſen (Art. 436). Das Gericht hat auch über die durch den Anſchluß erwachſenen beſonderen Koſten nach den Grundſätzen des Civilproceſſes zu entſcheiden (Art. 438). Der Beſchädigte kann ſowohl vor Einleitung als während des Strafverfahrens ſeine Schädenanſprüche bei dem Civilrichter geltend machen; eine gleichzeitige Verfolgung derſelben vor dem Civilrichter und im Strafverfahren iſt aber unzuläſſig. Daher gilt der Anſchluß an das Strafverfahren als Zurücknahme der bereits erhobenen Civilklage und die Erhebung der letzteren als Zurücknahme des bereits erklärten Anſchluſſes. Rechtskräftige Verurtheilung in den Erſatzanſpruch oder rechtskräftige Entbindung von demſelben im Civilwege hindert den Anſchluß des Beſchädigten an das Strafverfahren; Abweiſung der Klage in der angebrachten Maaße hindert aber den Anſchluß nicht (Art. 440). Der Beſchädigte darf den Anſchluß an das Strafverfahren unter Erſtattung der dadurch verurſachten Koſten zurücknehmen; im Falle der Zurücknahme iſt er bei Verfolgung ſeiner Anſprüche im Civilwege auf ſein Vorbringen bei dem Anſchluſſe, insbe-

Digitized by Google

sondre auch auf die dabei aufgestellte Schädenberechnung, nicht beschränkt; dies gilt auch in dem Falle, wenn das Strafgericht ihn mit seinen Ansprüchen an das Civilgericht verweist (Art. 441). Der Verurtheilte kann gegen die Entscheidung des Strafgerichtes über den Antrag des Beschädigten Berufung, beziehungsweise das Rechtsmittel des Einspruches einwenden (Art. 442—445), wogegen der Beschädigte gegen die Entscheidung über die Ersatzfrage kein Rechtsmittel hat (Art. 446). Wird durch das Strafurtheil der Angeklagte der ihm beigemessenen Handlung für schuldig erkannt, so ist solches auch für die Entscheidung über die Ansprüche auf Erstattung der aus dieser Handlung entstandenen Schäden insoweit maßgebend, als das Erkenntniß die Handlung und deren Verübung durch den Angeklagten für bewiesen angenommen hat. Dies gilt auch für den Civilrichter, wenn der Beschädigte Civilklage erhoben und vor Fällung des Enderkenntnisses letzter Instanz auf die Entscheidung des Strafgerichtes sich berufen hat. Wird jedoch das Straferkenntniß erst in zweiter oder dritter Instanz beigebracht, so ist die Sache auf Verlangen der einen oder anderen Partei zur anderweiten Entscheidung an das Gericht erster Instanz zurückzugeben. Der Beklagte ist mit einem Gegenbeweise, daß die strafbare Handlung überhaupt nicht oder doch nicht von ihm verübt worden, nicht zu hören. Dabei soll es allenthalben keinen Unterschied machen, ob der Beschädigte sich dem Strafverfahren vorher angeschlossen hatte oder nicht. — Wenn die meisten Strafproceßordnungen den Satz anerkennen, daß der Civilrichter unbedingt an den Ausspruch des Criminalrichters gebunden sei, insoweit dieser die Thatsachen festgestellt hat, aus welchen zugleich die Verbindlichkeit zum Schadensersatze entspringt, so sollte man dasselbe auch für den Fall der Freisprechung im Strafprocesse erwarten. In den neueren Strafproceßordnungen ist für den Fall der von den Strafgerichten erlassenen freisprechenden Erkenntnisse meistens die Betretung des Civilweges vorbehalten, so 1) in der Strafproceßordnung für Oesterreich §. 364, wo es heißt: „Ist von dem Strafgerichte ein Schuldlosigkeitsurtheil, ein Erkenntniß auf Freisprechung von der Anklage wegen Unzulänglichkeit der Beweismittel, ein Einstellungs- oder ein Ablassungsbeschluß erlassen worden, so kann der Beschädigte seine privatrechtlichen Ansprüche auf dem Civilwege geltend machen." 2) In dem Strafgesetzbuch für Bayern Th. II. Art. 9 ist ausgesprochen, daß ein Strafgerichtsurtheil, wenn der Angeschuldigte blos von der Instanz entbunden worden ist, den Betheiligten nicht hindert, die Beweise der Verbindlichkeit des Andern auf dem Wege des Civilverfahrens geltend zu machen, ohne daß jedoch alsdann das zum Vortheil des Klägers gefällte Civilerkenntniß ein Präjudiz rücksichtlich der Untersuchungssache begründete. 3) In der Strafproceßordnung für Baden Tit. 22. §. 333 (dieser Titel ist in dem Gesetz vom 5. Februar 1851 §. 27 für wirksam erklärt worden) ist bestimmt, daß, wenn der Angeschuldigte wegen Mangels an Beweis freigesprochen wird, die Entscheidung über

den Entschädigungspunkt dem Civilrichter vorbehalten bleibt, während der Strafrichter über diesen Punkt in dem Falle entscheiden muß, wo er den Angeschuldigten für straflos erklärt, weil die That gar nicht oder doch nicht gerichtlich strafbar sei. 4) Nach der Strafproceßordnung für das Königreich Sachsen Art. 448 ist, wenn auf ein gegen die Verurtheilung in der Strafsache eingewendetes Rechtsmittel oder in Folge der Wiederaufnahme des Strafverfahrens der Verurtheilte freigesprochen wird, dadurch zugleich die in dem Strafurtheil erfolgte Verurtheilung in Betreff der Ersatzfrage für aufgehoben zu achten; der Beschädigte kann jedoch seine Ansprüche noch bei dem Civilrichter geltend machen. Ist in Folge einer in Betreff der Strafsache eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerde eine anderweite Verhandlung in der Strafsache abzuhalten oder eine anderweite Entscheidung zu ertheilen, so hat das Strafgericht den Beschädigten, welcher sich dem Strafverfahren angeschlossen hat, davon zu benachrichtigen und sodann die früher gestellten Anträge desselben, soweit er sie nicht zurückgenommen hat, zu berücksichtigen. Wird gegen ein freisprechendes Erkenntniß im Strafverfahren die Wiederaufnahme der Untersuchung gestattet, so ist solches dem Beschädigten, welcher sich früher dem Strafverfahren angeschlossen hatte, zu eröffnen, und es kann derselbe seinen Antrag wegen Ersatzleistung bei dem Strafgerichte wiederholen, soweit nicht bereits im Civilprocesse durch eine rechtskräftige Entscheidung die Verurtheilung in den Ersatzanspruch oder die Entbindung von demselben endgültig erledigt ist. Dagegen hindert eine Abweisung der Klage in der angebrachten Maße den anderweiten Anschluß nicht. — Was den Einfluß des Erkenntnisses des Civilrichters auf die Entscheidung des Criminalrichters anlangt, so ist in den neueren Strafproceßordnungen im allgemeinen der Grundsatz anerkannt, daß der Criminalrichter durch keine Entscheidung des Civilrichters in der freien Beurtheilung der Sache gehindert sei. 1) In dem Strafgesetzbuche für Bayern Th. II. Art. 8 fand sich die Bestimmung, daß ein Civilerkenntniß, durch welches eine Vorfrage entschieden ist, von welcher die Entscheidung eines strafrechtlichen Punktes abhängt, in dem Criminalverfahren die Kraft eines vollkommenen Beweises zum Vortheil, wie zum Nachtheil des Angeschuldigten habe, vorausgesetzt, daß jenes Erkenntniß auf Beweise gegründet ist, welche auch im Untersuchungsprocesse zulässig sind. Diese Bestimmung ist aber durch das Gesetz vom 10. August 1848 Art. 368 aufgehoben und konnte nicht länger fortbestehen, nachdem die Schwurgerichte eingeführt worden waren, weil diese allein auf die öffentlich vorzuführenden Beweise selbstständig ihre Entscheidung über die Thatfrage abzugeben haben. 2) Nach der Strafproceßordnung für Württemberg vom 22. Juni 1843 Art. 7 ist hinsichtlich der Fragen, welche bei der strafrichterlichen Beurtheilung in Erwägung kommen, der Strafrichter an das Erkenntniß des Civilrichters auf keine Weise gebunden. Nur bei Ehesachen hat er die Entscheidung des zuständigen Richters abzuwarten und solcher nachzugehen. Auch ist er verpflichtet,

Digitized by Google

das Dasein eines privatrechtlichen Verhältnisses, welches vor Verübung des Verbrechens durch civilrichterliches oder ehegerichtliches Erkenntniß rechtskräftig festgestellt worden ist, als Thatsache anzunehmen. 3) Nach der Strafproceßordnung für Hannover vom 8. November 1850 §. 47 kann, wenn das Urtheil des Strafrichters durch die vorgängige Feststellung gewisser civilrechtlicher Verhältnisse zwischen dem Beschuldigten und Betheiligten bedingt ist (Vorfragen, Präjudicialpunkte), das Strafverfahren bis zu deren rechtskräftiger Entscheidung im Civilverfahren ausgesetzt werden. Der Strafrichter kann in Fällen dieser Art dem Beschuldigten die Erhebung der Civilklage binnen einer Frist und unter Androhung des Rechtsnachtheiles aufgeben, daß er widrigenfalls das Strafverfahren wieder aufnehmen und alle von dem Beschuldigten aus dem Civilverhältniß etwa herzuleitenden Einwendungen nicht berücksichtigen werde. 4) Nach der thüringischen Strafproceßordnung Art. 87 ist, wenn die Behandlung oder Entscheidung einer Strafsache von privatrechtlichen Vorfragen oder Zwischenpunkten abhängt, die Voruntersuchung auch hierauf zu erstrecken. Ist ein Rechtsstreit darüber anhängig, so soll die Untersuchung deshalb nicht ausgesetzt werden. Die altenburgische Strafproceßordnung Art. 66 stimmt damit überein; doch weicht sie darin ab, daß sie es dem Ermessen des Untersuchungsgerichtes überläßt, die Untersuchung auszusetzen, wenn es solches für zweckmäßig erachtet. 5) Nach der Strafproceßordnung für Baden §. 5 erstreckt sich die strafgerichtliche Untersuchung zugleich auch auf solche privatrechtliche Vorfragen oder Zwischenpunkte, von welchen im einzelnen Falle die Behandlung oder Entscheidung der Strafsache abhängt, und das nach verübter That erfolgte Erkenntniß des Civilrichters über solche Vorfragen oder Zwischenpunkte ist für den Strafrichter nicht maßgebend, außer wenn die Vorfrage Standeseigenschaften betrifft, worüber ein Civilproceß anhängig ist oder während der Untersuchung anhängig wird. In Fällen dieser Art kann das Strafverfahren, wenn der Angeschuldigte nicht verhaftet ist, bis zum Erkenntniß des Civilrichters ausgesetzt werden. Insoweit das Dasein eines bürgerlichen Rechtsgeschäftes zum Thatbestande eines Verbrechens gehört, finden darauf die gesetzlichen Bestimmungen über den Beweis in Strafsachen ebenfalls Anwendung. 6) Die bestimmtesten Vorschriften hierüber enthält die Strafproceßordnung für Oesterreich §. 4. Danach erstreckt sich die strafgerichtliche Untersuchung auch auf jene privatrechtlichen Vorfragen, ohne deren Beurtheilung die Strafsache nicht entschieden werden kann. Ein darüber vom Civilrichter gefälltes Erkenntniß bindet den Strafrichter nicht, soweit es sich um die Beurtheilung der Strafbarkeit des Angeschuldigten handelt. Ebensowenig hat der Strafrichter Thatumstände, welche einem civilgerichtlichen Erkenntniß zur Grundlage dienen, soweit sie auf die strafgerichtliche Entscheidung von Einfluß sein können, für wahr zu halten, wenn aus der strafgerichtlichen Untersuchung deren Gegentheil hervorgeht oder ihre Glaubwürdigkeit erschüttert wird.

Digitized by Google

Hängt aber der Thatbestand einer strafbaren Handlung von der Frage über die Gültigkeit einer Ehe ab, worüber bereits vor oder im Laufe des Strafverfahrens bei dem zuständigen Civilgerichte oder geistlichen Gerichte eine Verhandlung anhängig wurde, so ist deren Ausgang abzuwarten und nöthigenfalls im geeigneten Wege auf Beschleunigung zu dringen. Wenn jedoch das Ehehinderniß vor dem Strafrichter blos angeregt wird und die Unrichtigkeit der Thatumstände, auf welche sich das angegebene Ehehinderniß gründen soll, erkannt wird, oder die Unstatthaftigkeit der Einwendung des vorgeschützten Ehehindernisses keinem Zweifel unterliegt, so ist das Strafverfahren fortzusetzen; im entgegengesetzten Falle aber von dem Strafrichter die vorläufige Untersuchung und Entscheidung dem hierzu berufenen Civilgerichte oder geistlichen Gerichte zu überlassen. Das Erkenntniß des Ehegerichtes ist zwar auch für den Strafrichter in Hinsicht auf die Frage der Gültigkeit der Ehe bindend; dies hindert ihn aber nicht, alle jene Umstände und Verhältnisse zu erheben und zu würdigen, welche die Strafbarkeit des Beschuldigten aufheben. 7) Nach der Strafproceßordnung für das Königreich Sachsen Art. 129 ist, wenn die Entscheidung einer Strafsache von privatrechtlichen Vorfragen oder Zwischenpunkten abhängt und die Anhängigmachung der Civilsache bereits erfolgt oder mit Sicherheit zu erwarten ist, nach vorheriger Vernehmung des Staatsanwaltes und des Angeschuldigten, sowie, bei den auf Antrag strafbaren Verbrechen, des Antragstellers, die Untersuchung einstweilen auszusetzen. Doch ist der Untersuchungsrichter nicht behindert, auch vor Beendigung des Civilprocesses, wenn er es für angemessen erachtet, die Wiederaufnahme der Untersuchung zu verfügen. Heimbach sen.

Zwang in civilrechtlicher Hinsicht s. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 213—215, in criminalrechtlicher Hinsicht den Artikel Zurechnung.

Zwangs- und Bannrechte[1]). I. Begriff. Ein Zwangs- und Bannrecht (ius bannarium)[2]) ist das ausschließliche Recht auf die Bereitung gewisser Gegenstände des Verbrauches oder auf eine gewisse Hantierung innerhalb eines bestimmten Bezirkes, vermöge dessen alle Bewohner desselben, welche den Gegenstand oder die Arbeit bedürfen, sie nur von dem Berechtigten beziehen können oder dürfen[3]). Ein un-

1) Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechtes §. 155—157. Rotteck im Staatslexikon Bd. 2, S. 192 flg. und die Lehrbücher des teutschen Privatrechtes. Die Literatur über einzelne Fragen wird gelegentlich angeführt werden.

2) Bann bedeutet eigentlich iussio, mandatum, edictum, interdictum, interdictio (Grimm, teutsche Rechtsalterthümer S. 732), dann aber auch den Geltungskreis eines solchen Gebotes oder Verbotes. Vgl. den Artikel Bann Bd. I, S. 598 flg.

3) Der häufig behauptete Unterschied zwischen Bannrecht und Zwangsgerechtigkeit (s. preuß. Landrecht Th. I, Tit. 23, §. 1—4) existirt gemeinrechtlich nicht.

Digitized by Google

bedingter Zwang, wirklich zu kaufen, liegt darin nicht, sondern nur ein hypothekarischer. Insofern aber jenes Recht gewöhnlich auf Gegenstände gerichtet ist, welche mehr oder weniger zu den Lebensbedürfnissen gehören, hat es doch dieselbe Wirkung, wie ein directer Zwang. Es kommt in den mannichfaltigsten Anwendungen sowohl in den Städten, als auf dem Lande vor. Häufig ist es auch an ein Haus oder Gut als Realrecht geknüpft. Der Ursprung solcher Bannrechte liegt bald in gutsherrlichen Verhältnissen, indem der Herr des Haupthofes nützliche Gewerbeanlagen machte, dafür aber seine Gutsunterthanen anhielt, sich derselben ausschließlich zu bedienen [4]), bald in einer landesherrlichen Verleihung zur Begünstigung einer neuen Unternehmung, bald in der Macht des Herkommens und des Besitzstandes oder in der herrschenden Abneigung gegen allzu große Concurrenz und dergleichen.

II. Erwerb. Ein Zwangsrecht kann erworben werden 1) durch landesherrliches Privilegium; 2) durch Gemeindebeschluß; 3) durch Vertrag [5]); 4) durch Verjährung, welche sowohl die bestimmte als die unvordenkliche sein kann. Manche [6]) wollen die erwerbende Verjährung bei Bannrechten ganz ausschließen, und leugnen ebenso den Einfluß des unvordenklichen Besitzes. Dazu ist aber kein Grund vorhanden [7]). Nur müssen die zum Beweise beigebrachten Thatsachen auch darzuthun vermögen, daß, was die bestimmte Verjährung betrifft, die den bestimmten Zeitraum hindurch stattgehabte Benutzung der Bannanstalten durch die Bewohner des fraglichen Bezirkes im fortwährenden Gefühle ihrer Verpflichtung dazu, mithin in Folge einer diese Ueberzeugung nothwendig veranlassenden, am Anfange des erforderlichen Zeitraumes stehenden Thatsache, insbesondre, wie die älteren Praktiker sich ausdrücken, einer „praevia contradictio de non aliter faciendo," jedenfalls also nicht als factum merae facultatis geschehen sei. Bei der unvordenklichen Verjährung hingegen kann man den Beweis besonderer Prohibitvacte nicht verlangen, sondern es muß hier genügen, wenn dargethan wird, daß seit unvordenklicher Zeit die Bewohner des fraglichen Bezirkes in der Meinung, dazu verpflichtet zu sein, das Bedürfniß, welches Gegenstand des fraglichen Bannrechtes ist, nur bei dem angeblich Berechtigten und nirgends anders befriedigt haben. Sind Bannrechte mit einem Grundstücke verbunden, so können sie natürlich nur mit diesem auf andere übertragen werden.

III. Rechtsschutzmittel. Die aus dem Bannrechte entstehende Klage gegen die Verpflichteten geht nicht darauf, daß sie bei dem Be-

---

4) Beispiele aus Urkunden von 1225, 1258 und 1410 finden sich bei Ducange, Glossar. s. v. molendinare, secta montae.

5) Daß dieser gerichtlich bestätigt sein müsse, behauptet Gengler, teutsches Privatrecht §. 84. Gemeinrechtlich ist hierüber keine Vorschrift.

6) Z. B. Hillebrand, teutsches Privatrecht S. 491 flg.

7) Vgl. den Artikel Verjährung Bd. XII, S. 579.

rechtigten wirklich kaufen, sondern nur darauf, daß sie nicht dieselbe Anlage machen oder nicht bei einem Anderen kaufen. Dies führt allerdings dahin, daß bei dem Berechtigten gekauft wird; allein dieses ist nur eine thatsächliche Folge. Das Wesen der Bannrechte ist daher ein Verbietungsrecht [8]). Darin haben sie mit den negativen Servituten eine scheinbare Aehnlichkeit. Sie unterscheiden sich aber darin, daß es sich bei dem Bannrechte nicht um eine Beschränkung des Eigenthumsrechtes, sondern der persönlichen Freiheit handelt [9]). Ebensowenig kann man sie den Reallasten vergleichen, indem bei diesen einem bestimmten Grundstücke eine positive Leistung obliegt, während diese nicht sowohl

---

8) Die Ansichten darüber sind sehr verschieden. Vgl. darüber Duncker in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 2, S. 70 flg. Die gemeine Ansicht geht dahin, daß in dem Bannrechte ein wahres ius cogendi liege (zahlreiche Schriftsteller dafür führt an Duncker a. a. O. S. 70, N. 2. Manche heben, wahrscheinlich um dem Mißverständniß vorzubeugen, daß das Bannrecht die Befugniß gebe, die Anschaffung der fraglichen Lebensbedürfnisse jedenfalls zu verlangen, die hypothetische Natur des Zwanges dadurch ganz besonders hervor, daß sie als Inhalt des Bannrechtes ein bloßes Verbietungsrecht angeben (Glück, Erl. der Pand. Bd. 10, S. 8. Mittermaier, teutsches Privatrecht §. 529. Walter, teutsches Privatrecht §. 493) und Eichhorn, teutsches Privatrecht §. 185 sagt geradezu: „Das Charakteristische der Bannrechte ist die Befugniß, einen Anderen wegen des Besitzes einer Sache, eines Subjectionsverhältnisses oder Incolats in dem Gebrauche seiner natürlichen Freiheit zu handeln zu beschränken, besonders ihm die Anschaffung oder Zubereitung eines Bedürfnisses bei einem Anderen als dem Berechtigten zu untersagen. Maurenbrecher, teutsches Privatrecht §. 183, 184 verbindet beide Ansichten. Nach ihm enthält jedes Zwangs- und Bannrecht 1) ein Verbietungsrecht, welches die natürliche Gewerbefreiheit des Bannpflichtigen beschränkt; 2) einen positiven Zwang, wodurch der Verpflichtete zur Abnahme der Bannproducte des Berechtigten genöthigt wird. Duncker a. a. O. S. 71 findet in dem Bannrechte mehr als ein bloßes Verbietungsrecht. Er sagt: bei den negativen Servituten werde durch die Realisirung des Verbotes allein dem herrschenden Grundstücke immer ein Vortheil gewährt, nicht so bei den Bannrechten. Durch das, wenn gleich durchgesetzte Verbot, z. B. in einer anderen Mühle nicht zu mahlen, werde dem Berechtigten kein Nutzen gebracht, sondern nur den anderen Müllern, welche nun nicht besucht werden, durch Entziehung des Mahlgeldes geschadet. Wollte man also bei den Bannrechten das Verbietungsrecht als das Charakteristische ansehen, so hätten wir in ihnen ein sonst ganz beispielloses Rechtsinstitut, welches, ohne den mindesten Vortheil für den Berechtigten, lediglich den Nachtheil eines Anderen bezweckte. Das reine Verbietungsrecht könne daher das Wesen der Bannrechte nicht ausmachen. Die Einführung derselben lasse darüber keinen Zweifel, daß dadurch zunächst dem Berechtigten, wie dieses der Zweck eines jeden Rechtes sei, ein Vortheil zugewendet werden sollte, indem nur bei ihm die dem Bann unterworfenen Personen sich die Befriedigung gewisser Lebensbedürfnisse verschaffen durften. Ein directer Zwang sei aber hier unmöglich. Das Bannrecht könne daher nur durch einen indirecten Zwang ausgeübt werden, indem es den Pflichtigen untersagt sei, anderswo die Lebensbedürfnisse sich anzuschaffen. Das Verbietungsrecht brauche man aber deshalb nicht als einen eigenen Bestandtheil des Bannrechtes mit Maurenbrecher anzusehen; jenes folge nämlich aus der eigenthümlichen Natur dieses.

9) Diese Beschränkung geht indessen nicht soweit, daß vermöge des Bannrechtes die Selbstbereitung des eigenen Geschäfts- und Hausbedarfes untersagt wäre.

Digitized by Google

die Verpflichtung einzelner Grundstücke, als die Verbindlichkeit derjenigen Personen zum Gegenstande haben, welche in dem vom Bann bestrickten Bezirke wohnen [10]). Die Bannrechte sind daher wie Monopole als künstliche Vorrechte zu betrachten, wodurch die natürliche Freiheit des Verkehres und der Gewerbe beschränkt wird [11]). Da ein solches Recht sich wie eine Herrschaft über die Eingesessenen eines Bezirkes erstreckt, so kann man dabei von einem Quasibesitze reden [12]). Daß der Umstand allein, daß man bisher gewisse Lebensbedürfnisse bei einem Dritten angekauft hat oder bei demselben sich hat zubereiten lassen, keinen Besitz des Bannrechtes begründet, wird allgemein zugegeben; es ist vielmehr nöthig, daß diejenigen, welche dieses bei einem Anderen thun wollen, sich bei dem dieserhalb von dem Berechtigten an sie ergangenen Verbote beruhigt haben. Mit Recht wird die Unbestimmtheit getadelt [13]), mit welcher die Juristen von dieser Beruhigung sprechen, ohne anzugeben, worin dieselbe zu erkennen sei. Zur Vereinfachung der Frage ist Folgendes als unbestritten auszuscheiden. Wenn z. B. ein Müller ein über einen gewissen Bezirk sich erstreckendes Bannrecht zu haben behauptet, den Eingesessenen das Besuchen einer anderen Mühle untersagt, und diese dem Verbote in der Art Folge leisten, daß sie bei jenem wirklich mahlen lassen, so erwirbt derselbe ohne Zweifel den Besitz des Mühlenzwanges. Der Einwand [14]), daß derjenige, an welchen das Verbot ergangen ist, nicht sowohl um diesem zu entsprechen, sondern aus anderen Gründen die Mühle besucht haben könne, z. B. weil sie ihm näher liege, besseres Mehl liefere u. s. w., ohne darum doch die Absicht zu haben, sie auch dann besuchen zu wollen, wenn die Umstände sich ändern, ist deshalb unerheblich, weil die Wirkung des auf vorausgegangenes Verbot erfolgten Besuches der Mühle durch eine solche Mentalreservation nicht abgewendet werden kann; dies kann nur durch eine offene Protestation geschehen, also durch die Erklärung, daß man die Mühle nicht in der Absicht besuche, das angebliche Bannrecht dadurch anzuerkennen. Zweifelhaft dagegen ist, ob der Besitz des Bannrechtes auch dann erworben sei, wenn diejenigen, an welche das Verbot ergangen ist, weder eine andere Mühle, noch die des Verbietenden besucht, sondern sich das Mehl oder das Brod gekauft haben. Zwar behauptet

---

10) Duncker, Reallasten §. 57, S. 239.. Walter, teutsches Privatrecht §. 493.

11) Hierdurch wird auch ihre Stellung in dem Systeme bestimmt, wovon noch später gehandelt werden wird.

12) Die von Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß Bd. 12, S. 299 aus dem Standpunkte des römischen Rechtes gegen die Annahme eines Quasibesitzes bei Bannrechten vorgebrachten Gründe dringen deshalb nicht durch, weil das römische Recht hier die Entscheidungsnorm nicht abgeben kann. Ueber den Quasibesitz bei Bannrechten handelt Duncker in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 2, S. 68—72, der hier benutzt ist.

13) Von Heerwart a. a. O. S. 299.

14) Denselben macht Heerwart a. a. O.

Digitized by Google

Leyſer[15]): „Sed et ante biduum facta prohibitio, si prohibitus acquievit, id operatur, ut prohibeas in possessione constitutus saltem, quamdiu iudicio possessorio contenditur, victoriam reportet;“ allein dieſe Behauptung wird mit Recht von Heerwart[16]) getadelt; denn das Unterlaſſen des Beſuchens einer Mühle überhaupt ſteht mit dem Verbote in keiner ſolchen Beziehung, daß man annehmen müßte, daß jenes in dieſem ſeinen Grund habe. Das Verbot iſt in dieſem Falle eine ganz gleichgiltige Handlung, und es iſt daher auch gar nicht nöthig, daß diejenigen, gegen welche daſſelbe gerichtet iſt, eine Proteſtation einlegen müßten, um ſich im Beſitze der Freiheit zu ſchützen. Die hier vollſtändig paſſende Analogie der negativen Servituten bringt dieſes mit ſich. Man erwirbt z. B. den Beſitz der servitus altius non tollendi dadurch noch nicht, daß man ſeinem Nachbar verbietet, höher zu bauen, und dieſer ſich bei dem Verbote beruhigt, ſondern nur dann, wenn derſelbe wirklich den Anfang machte, höher zu bauen, dann aber auf das Verbot davon abſtand. Nach dieſer Analogie ſcheint behauptet werden zu müſſen, daß der Beſitz des Mühlbannes wenigſtens dann erworben ſei, wenn denjenigen, welche bisher eine andere Mühle beſucht hatten, dieſes verboten und ſie ſich dabei beruhigt haben. Es kann indeſſen in dem Verbote ſelbſt kein hinreichendes Apprehenſionsfactum gefunden, und daſſelbe allein nicht zur Erwerbung des Beſitzes für hinreichend geachtet werden. Denn da die Bannrechte zunächſt den Vortheil des Berechtigten bezwecken, deſſen Vortheil aber nicht ein blos zufälliger iſt, da dem Verbrauche der Lebensbedürfniſſe, welche bei demſelben angeſchafft werden müſſen, von den Bewohnern des Bannbezirkes niemals gänzlich vermieden werden kann, und dieſelben ſich nur ſelten in der Lage befinden, ſich ſelbſt dieſelben zubereiten zu können, ſo kann die eigentliche Ausübung der Bannrechte auch nur in der Vornahme der Handlungen beſtehen, durch welche die Erreichung dieſes Zweckes möglich wird, alſo darin, daß die fraglichen Lebensbedürfniſſe bei dem Berechtigten wirklich angeſchafft oder zubereitet werden; das bloße, wenngleich befolgte Verbot kann daher den Beſitz des Bannrechtes nicht geben. Niemand wird und kann behaupten, daß z. B. das Mühlenrecht dann durch Erſitzung erworben ſei, wenn denjenigen, welche bisher eine andere Mühle beſucht haben, dies von dem, welcher das Bannrecht durch Erſitzung erworben zu haben behauptet, dieſes Beſuchen anderer Mühlen verboten worden iſt, und ſie das Beſuchen anderer Mühlen auch hierauf unterlaſſen haben; es muß vielmehr noch hinzutreten, daß ſie während des geſetzlichen Zeitraumes bei dem angeblich Berechtigten gemahlen haben. — Zur Geltendmachung oder Beſtreitung des Rechtes als Ganzes dient die actio confessoria oder negatoria[17]). Wegen der einzelnen Zu-

15) Medit. ad Pand. Sp. 462. med. 3 sq.
16) A. a. O. S. 300.
17) S. Duncker, Reallaſten S. 240.

Digitized by Google

widerhandlungen gegen das Bannrecht ist eine Klage auf Schadenersatz zulässig, womit der Antrag verbunden werden kann, den einzelnen Contravenienten künftige Zuwiderhandlungen bei Geldstrafe zu untersagen. Der Berechtigte muß sich aber auch im Stande erhalten, den Bedürfnissen der Verpflichteten zu entsprechen, und darf sich dabei keinen Mißbrauch oder Bedrückung zu Schulden kommen lassen, widrigenfalls ihm sein Recht nach Particularrechten durch gerichtliches Urtheil entzogen werden kann [18]).

IV. Verlust. Ein Bannrecht kann verloren gehen: 1) durch den Untergang der berechtigten Person, Familie oder Realität; 2) durch consolidatio, d. h. wenn das Grundstück, mit welchem das Bannrecht verbunden ist, von den Verpflichteten gemeinschaftlich erworben wird; dagegen tritt, wenn eine Gemeinde als bannpflichtig erschien und auf die moralische Person derselben das Bannrecht eigenthümlich übergeht, nicht nothwendig eine Consolidation ein, da ja die einzelnen Glieder der Gemeinde die eigentlichen Träger der Bannpflichtigkeit gewesen sind und dies auch jetzt noch der Gemeinde gegenüber bleiben können; daß aber, insoweit die Gemeinde als juristisches Rechtssubject, z. B. wegen einer Gemeindebrauerei, bannpflichtig war, eine partielle Consolidation eintrete, versteht sich von selbst [19]); 3) durch Verzicht oder aufhebenden Vertrag; 4) durch bloßen Nichtgebrauch, wenn das Bannrecht auf einem Privilegium beruht und der Bannberechtigte die zur Realisirung seiner Gerechtigkeit gehörigen Anstalten gar nie errichtet; 5) durch usucapio libertatis, wenn es auf irgend eine Weise erworben und ausgeübt worden ist, nach Ablauf des gesetzlichen Zeitraumes, z. B. wenn die Pflichtigen zusammen auf eigene Hand eine amerikanische Kunstmühle, eine Dampfmühle oder Windmühle anlegen und darin den gesetzlichen Zeitraum hindurch, ohne die Bannmühle mehr zu benutzen, aber auch ohne irgend einen Widerspruch des Berechtigten zu erfahren, ihr Getreide mahlen lassen. 6) Manche Particularrechte lassen auch eine Entziehung des Bannrechtes zur Strafe durch richterliches Erkenntniß zu, z. B. wegen betrüglicher Uebervortheilung der Bannpflichtigen [20]). — Bloße Suspension der dem Bannrechte entsprechenden Verpflichtung findet statt, wegen unterlassener Erhaltung der zur Ausübung des Bannrechtes nöthigen Anstalten und Werkzeuge in tauglichem Stande oder wegen saumseliger Verzögerung der den Bannpflichtigen zu leistenden Gewerbsdienste über die sachgemäße Zeit [21]).

V. Stellung der Bannrechte im System. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß im altteutschen Rechte an den Banngerechtig-

---

18) Preuß. Landr. Th. I, Tit. 23, §. 15—21, 34—39, 41—46, 75—79.
19) Gengler, teutsches Privatrecht §. 84.
20) Preuß. Landr. Th. I, Tit. 23, §. 17—21.
21) Gengler a. a. O. Beseler, teutsches Privatr. Bd. 3, §. 212.

Digitized by Google

keiten eine Gewere möglich ist[22], wie denn auch von jeher angenommen worden ist, daß die Ausübung dieser Rechte einen zu schützenden Quasibesitz begründe. So lag es denn sehr nahe, die Bannrechte geradezu als dingliche Rechte aufzufassen. Die älteren Juristen betrachteten sie als servitutes in faciendo[23]. Diese Ansicht wurde von Pfeiffer[24]) widerlegt, welcher dagegen die Bannrechte als negative Servituten ansah, weil der Berechtigte blos die Befugniß habe, die dem Bann unterworfenen Personen abzuhalten, eine bestimmte Art von Lebensbedürfnissen bei einem Anderen kaufen oder bestimmte Gewerbsdienste sich von einem Anderen verrichten zu lassen, weshalb auch, so lange sie dieses nicht thäten, das Bannrecht ungekränkt bliebe. Diese Auffassung wurde von Glück[25]) widerlegt. Andere stellten die Bannrechte als eine eigene Form oder Gattung von Sachenrechten hin[26]). Andere gesellen sie den „dinglichen Forderungsrechten" oder „Obligationen im Gewande des Immobiliarsachenrechtes" bei[27]). Andere fassen sie als gleichsam umgewandte Reallasten oder sogenannte Realrechte, d. i. auf ein Geben oder Leisten dritter Personen gerichtete und mit dem Besitze einer Sache verbundene Gerechtigkeiten auf[28]), was schon deshalb nicht zu billigen ist, weil im gewöhnlichen Verkehrsleben die Banngerechtigkeit ebenso oft an eine physische oder moralische Person als an eine Realität geknüpft erscheint. Gegenüber allen diesen Ansichten unterstellt Gerber[29]) die Banngerechtigkeiten, worin er lediglich „das Beispiel einer individuellen Willkür der Staatsgewalt" sieht, die durch Privilegien an irgend ein factisches Verhältniß Rechte und Verbindlichkeiten aller Art anzuknüpfen vermag, seiner Theorie von den Reallasten, wonach dieselben als Forderungsrechte erscheinen. Wolf[30]) hat die Bannrechte in den Abschnitt von den „subjectiven Verkehrsbeschränkungen" aufgenommen, während sie Mittermaier[31]), welchem dieselben nach ihrer heutigen Bedeutung bald als Monopole in

22) Albrecht in den krit. Jahrb. f. teutsche RW. 1839 S. 316.

23) Vertheidiger dieser Ansicht führen an Glück, Erl. der Pand. Bd. 10, S. 7, N. 22 und Gengler, teutsches Privatr. Anm. zu 84 a.

24) Vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechtes S. 223 flg.

25) Glück a. a. O. S. 9 flg.

26) Schilter, Praxis iuris Rom. in for. Germ. Exerc. XVIII. §. IV. T. I. p. 91.; „ius reale singulare sive ex privilegio competens." Goede, Ius Germ. priv. §. 181. Duncker, Reallasten S. 240. Eichhorn, teutsches Privatr. §. 185 flg. stellt die Bannrechte nach den Servituten und vor das Pfandrecht.

27) Ersteres thut Ortloff, Gründzüge des teutschen Privatr. S. 429. Letzteres Hillebrand, teutsches Privatr. §. 159.

28) Maurenbrecher, teutsches Privatr. §. 283. Ihm folgen Phillips, teutsches Privatr. 2. Aufl. §. 123. 3. Aufl. §. 122 (welcher sie früher, wie auch Mittermaier, zu den Reallasten rechnete). Held, Grundriß des teutschen Privatr. S. 19. Michaelis, Grundriß des teutsches Privatr. S. 24.

29) Teutsches Privatr. §. 16. N. 3.

30) Teutsches Privatr. §. 148.

31) Teutsches Privatr. §. 329.

Bezug auf ein Gewerbe [32]), bald als Realgewerberechte, welche einem bestimmten Gute ankleben, erscheinen, dem Gewerbe- und Zunftrechte einverleibte. Diesen Platz weisen auch Andere den Bannrechten an [33]). In der That scheint dieses der geeignete Platz im Systeme, wenn gleich nicht zu leugnen ist, daß, obwohl die einem Bannrechte entsprechende Verpflichtung, dem bestimmten Verbote sich zu unterwerfen und somit etwas zu dulden, rein persönlicher Natur ist, doch, da jene Verbindlichkeit in einem örtlichen Verhältnisse, nämlich dem Wohnsitze in einem gewissen Bezirke, ihren regelmäßigen Grund hat, daher mit dessen Annahme entsteht und mit dessen Aufgebung wieder verschwindet, das Bannrecht den Charakter einer den fraglichen Bezirk selbst, ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit der darin wohnhaften Individuen, afficirenden Berechtigung annimmt, und somit den wahren dinglichen Rechten ziemlich nahe kommt, was sich denn auch in der Praxis durch die zum Schutze und Bestreitung der Bannrechte dienenden Klagen und durch die Annahme eines Quasibesitzes der Bannrechte zeigt.

VI. Einzelne Hauptarten der Banngerechtigkeit. Dazu gehören 1) der Mühlenzwang, hinsichtlich dessen auf einen früheren Artikel dieses Werkes zu verweisen ist [34]). 2) Der Bierzwang, in dem Rechte bestehend, von den Einwohnern, häufig blos den Wirthen, eines Bezirkes, meistens innerhalb der sogenannten Bannmeile, zu verlangen, daß sie nur aus dem berechtigten Brauhause ihren Bedarf an Fest- und Tischtrunk sowie an Einlegebier und Schenkbier beziehen. Ein solcher Bierzwang steht häufig einer Stadt gegen das platte Land innerhalb der Biermeile zu, und ist oft in den Städten selbst an gewisse Brauhäuser geknüpft [35]). Particularrechtlich kommen Ausnahmen vom Bierzwange zu Gunsten gewisser Klassen von Personen vor [36]). 3) Der Weinzwang, als die Befugniß zu fordern, daß die Pflichtigen ihren Weinbedarf lediglich im Bannkeller nehmen, zuweilen blos auf bestimmte Zeitabschnitte eingeschränkt, und wohl zu unterscheiden von dem bald als Nebenzins oder Accise, bald als wirklicher Zwangskauf, d. i. Verbindlichkeit, eine bestimmte Quantität Weines jährlich kaufen zu müssen [37]), erscheinenden „Bannweine". 4) Der Kelterzwang, in dessen Folge die im Banndistricte gewon-

---

32) Auch Rotteck im Staatslexikon Bd. 2, S. 192 nennt sie „monopolistische Gewerbsbefugnisse".

33) Beseler, teutsches Privatr. Bd. 3, §. 212. Walter, teutsches Privatr. §. 491—493.

34) Vgl. den Artikel Mühlenrecht Bd. VII, S. 246—248, wo auch der Unterschied zwischen Mühlenbann und Mühlenzwang erörtert wird. Andere Literatur führt an Gengler a. a. O. §. 85.

35) Mehr über diese Braugerechtigkeit in den Städten sagt Mittermaier, teutsches Privatr. §. 525.

36) Vgl. z. B. Haubold, königl. sächs. Privatr. 3. Ausg. §. 446a.

37) S. Urkunde von 1339 bei Kraut, Grundriß des teutschen Privatr. §. 156, Nr. 9.

Digitized by Google

nenen Trauben unter die Kelter des Berechtigten gebracht werden müssen [38]), wofür derselbe eine Abgabe (Keltergeld) erhebt. 5) Der Backofenzwang (ius furni bannarii), die Befugniß, von den Bewohnern des Bannbezirkes zu fordern, daß sie nur den vom Berechtigten gesetzten und unterhaltenen Zwangsbackofen, und keinen anderen, zur Herstellung ihres Brodbedarfes benutzen, wofür der Berechtigte eine Abgabe (Ofengeld) erhebt. 6) Noch kommen Zwangsschmieden, selbst ein Fiedelbann für eine Genossenschaft von Spielleuten vor.

VII. Gesetzliche Aufhebung der Bannrechte. Die Bannrechte werden in neuerer Zeit allgemein als schädliche und daher unzulässige Beschränkungen des bürgerlichen Verkehrs betrachtet, und sind daher in mehreren teutschen Ländern ganz aufgehoben worden, entweder unbedingt [39]), oder gegen Entschädigung [40]), oder dadurch, daß sie für ablösbar erklärt wurden [41]).

Heimbach sen.

---

38) Er kommt z. B. in der württemberg. Herbstordnung vom 10. Juli 1607 §. 14 vor.

39) In Oesterreich durch die Verordnung Kaiser Joseph II. über Abschaffung des Mühlenzwanges vom 19. März 1787; in Bayern durch die Verordnungen über Aufhebung des Bierzwanges vom 20. December 1799, 30. December 1801, 28. Juli und 20. August 1807; über Aufhebung des Brodzwanges vom 1. April 1801 und 27. Februar 1802; über Aufhebung des Wachsnahmezwanges vom 22. Juni 1801; über Aufhebung des Kalk- und Ziegelzwanges vom 4. und 30. April 1800; über Aufhebung des Tafernenzwanges vom 22. Juni 1802; über Aufhebung des Mühlenzwanges vom 4. August 1809.

40) So im Großherzogthum Hessen durch Gesetz vom 25. Februar 1818 und 15. Mai 1819; in Oldenburg durch Gesetz vom 27. April 1819; in Baden für die Domänen durch Gesetz über die Dominicalbannrechte vom 28. August 1835; im Königreiche Sachsen durch Gesetz vom 22. März 1838; im Großherzogthum Sachsen Weimar-Eisenach hinsichtlich des Mühlzwanges durch Gesetz vom 11. October 1842; in Anhalt-Bernburg durch Gesetz vom 22. September 1849 mit den Nachtragsgesetzen vom 24. Februar 1851 und 23. Januar 1854.

41) So in Preußen durch die Edicte vom 28. October und 2. November 1810. Zuletzt geschah hier eine Aufhebung theils unbedingt, theils durch Ablösbarkeit durch die Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 §. 1, 4, 5. In Anhalt-Bernburg wurde der Cavillereizwang durch Gesetz vom 17. März 1850 für ablösbar erklärt. Dasselbe geschah in Schwarzburg-Sondershausen hinsichtlich des Mühl- und Backzwanges sowie aller übrigen Zwangsrechte durch Gesetz vom 2. Juli 1857.

Druck von Otto Wigand in Leipzig.

Digitized by Google

Bei **Otto Wigand**, Verlagsbuchhändler in Leipzig, ist soeben vollständig erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Franz Arago's sämmtliche Werke.

Mit einer Einleitung

von

Alexander von Humboldt.

Deutsche Original-Ausgabe.

Herausgegeben

von

Dr. W. G. Hankel,

ord. Professor der Physik an der Universität Leipzig.

Vollständig in 16 Bänden in gr. 8. mit 347 eingedr. Holzschn. 19 lith. Tafeln u. 22 Stahlstichen.

I.	Bd.	Gedächtnißreden u. Biographien	1.	Bd.	1	Thlr.	20	Ngr.
II.	—	— —	2.	—	1	„	25	„
III.	—	— —	3.	—	1	„	20	„
IV.	—	Wissenschaftliche Aufsätze.	1.	Bd.	1	„	25	„
V.	—	— —	2.	—	1	„	25	„
VI.	—	— —	3.	—	1	„	25	„
VII.	—	— —	4.	—	1	„	20	„
VIII.	—	— —	5.	—	1	„	25	„
IX.	—	Instructionen, Berichte und Aufsätze.			1	„	20	„
X.	—	Wissenschaftl. Abhandlungen.	1.	Bd.	1	„	20	„
XI.	—	Populäre Astronomie.	1.	Bd.	1	„	25	„
XII.	—	— —	2.	—	2	„	10	„
XIII.	—	— —	3.	—	2	„	—	„
XIV.	—	— —	4.	—	2	„	15	„
XV.	—	Wissenschaftl. Abhandlungen.	2.	Bd.	2	„	—	„
XVI.	—	Vermischtes			2	„	—	„

Digitized by Google

Franz Rákóczy II.

Fürst von Ungarn und Siebenbürgen.

Ein historisches Charakterbild von

J. L. Horn.

Zweite Auflage. gr. 8. 1861. Brosch. 1½ Thlr.

Inhaltsverzeichniß.

I. **Vor der Schilderhebung.**

1. Rückblick. — 2. Die Rákóczy's. — 3. Emerich Tököly. — 4. Helena Zrinyi. — 5. Franz Rákóczy's Jugend.

II. **Die Schilderhebung.**

1. Beginn der Revolution. — 2. Rákóczy's Einmarsch und erstes Auftreten in Ungarn. 3. Das Manifest Rákóczy's. — 4. Kampfgenossen und Mittel. — 5. Kriegsoperationen im Jahre 1703.

III. **Kampf und Unterhandlung.**

1. Friedensverhandlungen. — 2. Kriegsoperationen und Friedenskonferenzen. — 3. Siebenbürgische Verhältnisse. — 4. Ungarische Kriegsoperationen und Zustände im Jahre 1705. — 5. Die szechényer Konföderation.

IV. **Unabhängigkeitserklärung und Friedensschluß.**

1. Die schemnitzer Konferenzen. — 2. Wiedereröffnung des Kampfes. — 3. Die ónoder Unabhängigkeitserklärung. — 4. Die letzten Kriegsoperationen. — 5. Der szathmárer Friede.

Geschichte des Temeser Banats

von **L. Böhm.**

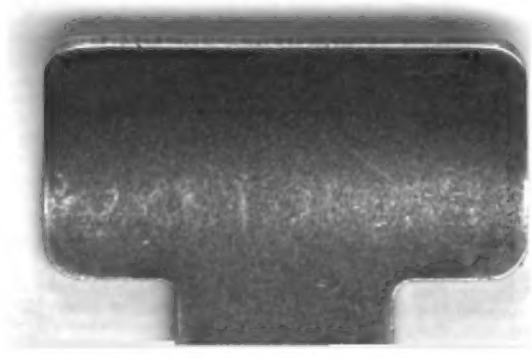
2 Theile mit 1 Karte und 13 Tafeln Abbildungen.
gr. 8. 1861. Broschirt 4 Thlr. 20 Ngr.

Das Temeser oder Temesvarer Banat, gewöhnlich schlechtweg Banat genannt, ist ein Landstrich im südlichen Ungarn, welcher aus den heutigen Comitaten Torontal, Temes (Temesvar), Krassova und der sogenannten Banatgrenze besteht. Wir sind im ganzen sehr unvollkommen über dieses Gebiet unterrichtet, das von der Natur ausserordentlich begünstigt ist. Der grössere flache Theil hat einen fruchtbaren Boden für die vorzüglichsten Getreidegattungen; die Gebirge sind reich an Holz und Mineralien; die Flora bietet die grösste Mannichfaltigkeit; der Historiker findet an den fortwährend hier aufgefundenen Münzen, Medaillen und andern antiken zum Theil sehr werthvollen Kunstgegenständen reichlichen Stoff für seine Studien; die Heilquellen von Mehadia, neben denen es auch nicht an andern Mineralquellen fehlt, sind weltberühmt. Die Donau, die Theiss, die Maros, ein schiffbarer Kanal, die Eisenbahn stehen dem Handel zu Gebote und erleichtern den Verkehr ungemein. Von diesem günstigen Landstrich erhalten wir in obengenanntem Buche von einem geborenen Banater eine eingehende Beschreibung. Der erste Theil beschäftigt sich mit der politischen, der zweite mit der natürlichen Geschichte des Landes. Er schildert die physische Beschaffenheit, die Natur des Bodens, das Klima, die Quellen, Flüsse, Sümpfe, Gebirge, Thäler und Höhlen, gibt umständliche Details über die verschiedenen Arten Fossilien und organisirten Körper aus dem Pflanzen- und Thierreiche, beschreibt die mineralische Ausbeute und die Mineralquellen. Ein besonderer Abschnitt handelt von den verschiedenen Nationen des Banats: Walachen, Serben, Deutsche, Ungarn, Bulgaren, Zigeuner, Juden. Den Schluss bildet eine Beschreibung der Ueberreste aus dem römischen und barbarischen Alterthum, die im Banat theils noch vorhanden, theils von dort nach andern Orten gebracht worden sind, woran sich die am rechten Ufer der Donau in Serbien befindlichen anschliessen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google